

Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PAUL ZIMMERMANN
von Mels SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

1979
—



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41507202_0042

Das Verhältnis von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von

PAUL ZIMMERMANN

von Mels SG

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Walter Haller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG,
Zürich, erschienen als Heft 15 der Reihe

Zürcher Studien zum öffentlichen Recht

Herausgegeben im Auftrag der Juristischen Abteilung der Universität Zürich, von U. Häfelin, W. Haller, W. Kägi, H. Nef, D. Schindler
und F. Zuppinger.

© Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich 1979

Druck: difo-druck · D-8600 Bamberg



Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch
die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin
ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen

Zürich, den 9. Mai 1979

Der Dekan:
Prof. Dr. J. Rehberg

Inhaltsverzeichnis

Literaturverzeichnis	VII
Abkürzungsverzeichnis	XVI
 1. Kapitel: Die Grundrechte	 1
§ 1 Begriff und Eigenart der Grundrechte	1
I. Die Grundrechte im geltenden Recht	1
II. Der Doppelcharakter der Grundrechte	2
1. Die Grundrechte als subjektive Rechte	2
2. Die Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung ("institutionelle" Seite)	3
III. Die Grundrechte im Verfassungsgefüge	5
1. Grundrechte und Funktion der Verfassung	5
1.1 Funktion der Verfassung allgemein	5
1.2 Funktion im Bereich der Grundrechte	6
2. Grundrechte, Wertordnung und Wertverständnis der Verfassung	7
§ 2 Grenzen der Grundrechtsgarantien	8
I. Materielle Voraussetzungen der Grundrechts- schränken	9
1. Motive für Beschränkungen	9
1.1 Schutz der verfassungsmässigen Ordnung und Staatssicherheit	9
1.2 Schutz der sog. Polizeigüter	9
1.2.1 Begriff der Polizeigüter	9
1.2.2 Verhältnis der öffentlichen Ordnung zu den Grundrechten	10
1.3 Weitere öffentliche Interessen	11
2. Verhältnismässigkeitsprinzip	13
II. Formelle Voraussetzung für Beschränkungen (gesetzliche Grundlage)	15
§ 3 Die Bindung an die Grundrechte	16
I. Bindung der staatlichen Gewalt	16
II. Bindung Dritter ("Drittwirkung")	17

2. Kapitel: Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie im einzelnen	19
§ 4 Die Wirtschaftsfreiheit	19
I. Der Begriff	19
II. Inhalt und Bedeutung	20
1. Die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht	20
2. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung	21
2.1 Ordnungspolitische Betrachtungsweise	21
2.2 Individualrechtliche Betrachtungsweise	22
2.3 Stellungnahme	23
III. Schranken der Wirtschaftsfreiheit	24
1. Arten der Schranken	24
1.1 Die allgemeinen Schranken der Rechtsordnung	24
1.2 Fiskalische Massnahmen	25
1.3 Staatliche Monopole	25
1.4 Wirtschaftspolizeiliche Massnahmen	25
1.5 Sozialpolitische Massnahmen	27
1.6 Wirtschaftspolitische Massnahmen	27
2. Abgrenzungsprobleme	28
§ 5 Die Eigentumsgarantie	30
I. Der Begriff	30
1. Institutsgarantie	31
2. Bestandesgarantie	31
II. Gegenstand der Gewährleistung	32
III. Schranken der Eigentumsgarantie	33
1. Allgemeine Beschränkungen	33
1.1 Allgemeine polizeiliche Beschränkungen	33
1.2 Weitere entschädigungslose Beschränkungen	33
2. Beschränkungen im Sinne von Art. 22 ^{ter} Abs. 3 BV	35
2.1 Materielle Enteignung	35
2.2 Formelle Enteignung	37
§ 6 Abgrenzung der beiden Grundrechte	38
3. Kapitel: Das Verhältnis der beiden Grundrechte	40
1. Abschnitt: Das Verhältnis im allgemeinen	40
§ 7 Das Verhältnis in tatsächlicher Hinsicht	40
I. Gegenseitige Abhängigkeit	40
II. Konkurrenz der beiden Grundrechte	42

§ 8 Das rechtliche Verhältnis im allgemeinen	43
I. Werthhierarchie	43
II. Vorrang aufgrund unterschiedlicher Beschränkungen	45
III. Prinzipielle Gleichrangigkeit	45
IV. Ergebnis	46
2. Abschnitt: Gemeinsame Voraussetzungen für staatliche Eingriffe in beide Grundrechtsgarantien	47
§ 9 Deckungsgleiche Voraussetzungen	47
I. Die gesetzliche Grundlage	47
II. Die Verhältnismässigkeit der Eingriffe	48
1. Allgemeines	48
2. Die Anwendung der einzelnen Teilinhalte	49
2.1 Allgemeines	49
2.2 Bei der Wirtschaftsfreiheit	51
2.2.1 Eignungsprüfung	51
2.2.2 Notwendigkeitsprüfung	52
2.2.3 Prüfung der Verhältnismässigkeit im engern Sinn	53
2.3 Bei der Eigentumsgarantie	53
2.3.1 Eignungsprüfung	54
2.3.2 Notwendigkeitsprüfung	54
2.3.3 Prüfung der Verhältnismässigkeit im engern Sinn	54
3. Ergebnis	56
§ 10 Divergente Voraussetzungen	56
I. Das öffentliche Interesse	56
1. Das öffentliche Interesse im Sinne der Wirtschaftsfreiheit	57
1.1 Polizeiliche, insbes.wirtschaftspolizeiliche Interessen	57
1.2 Soziale oder sozialpolitische Interessen	58
1.3 Wirtschaftspolitische Interessen	60
2. Das öffentliche Interesse im Sinne der Eigentumsgarantie	61
2.1 Polizeiliche Interessen	62
2.2 Raumplanerische Interessen	63
2.3 Wirtschafts- und sozialpolitische Interessen	64
3. Ergebnis	65
II. Ausgleich des Schadens	66
1. Bei der Eigentumsgarantie	66
2. Bei der Wirtschaftsfreiheit	67
3. Ergebnis	68

3. Abschnitt: Das Verhältnis im besonderen	69
§ 11 Lösungsgrundsätze	70
§ 12 Eigentumsbeschränkungen, die sich auf die Verwendung von Sachen oder Rechten zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit beziehen	73
I. Arten der Beschränkungen	73
II. Vereinbarkeitsprüfung	74
III. Ausgleich des Schadens	78
§ 13 Eigentumsbeschränkungen, die generell die Verwendung des Eigentums in einem bestimmten Sinn untersagen	78
I. Arten der Beschränkungen	78
II. Vereinbarkeitsprüfung	78
III. Ausgleich des Schadens	79
§ 14 Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, die zugleich die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit des Eigentümers berühren	79
I. Arten der Beschränkungen	80
II. Vereinbarkeitsprüfung	80
III. Ausgleich des Schadens	82
§ 15 Die sog. Ausnahmen von der Wirtschaftsfreiheit	84
I. Ausnahmen im Allgemeininteresse	84
II. Ausnahmen zum Schutze einzelner Wirtschaftszweige und Landesgegenden	85
III. Monopole	86
§ 16 Kollision der beiden Grundrechte	88
§ 17 Beeinträchtigung der beiden Grundrechte durch Verfügungen über öffentlichen Grund und Boden	90
Zusammenfassung	93

Literaturverzeichnis

- Aubert Jean François, Traité de droit constitutionnel Suisse, 2 Bde., Neuchâtel 1967.
- Aubert/Jagmetti, Die Verfassungsmässigkeit des Entwurfes vom 14. Okt. 1970 für ein Bundesgesetz über die Raumplanung, WuR 23 (1971), S.132ff.
- Bäumlin Richard, Staat, Recht und Geschichte. Eine Studie zum Wesen des geschichtlichen Rechts, entwickelt an den Grundproblemen von Verfassung und Verwaltung, Zürich 1961. (zit. Bäumlin, Staat)
- Der schweizerische Rechtsstaatsgedanke, ZBJV 101 (1965), S.81ff. (zit. Bäumlin, Rechtsstaatsgedanke)
- Berg Wilfried, Konkurrenzen schrankendivergender Freiheitsrechte im Grundrechtsabschnitt des Grundgesetzes, Diss. Köln 1967.
- Bettermann Karl August, Grenzen der Grundrechte. Schriftenreihe der Juristischen Gesellschaft e.V. Berlin, Berlin 1968.
- Binswanger Hans Christoph, Eigentum und Eigentumspolitik, Zürich 1978.
- Blocher Christoph, Die Funktion der Landwirtschaftszone und ihre Vereinbarkeit mit der schweizerischen Eigentumsgarantie, Diss. Zürich 1972.
- Bosshardt Oskar, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Enteignungsrecht, ZBl 65 (1964), S.393ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung zum Bundesgesetz über die Raumplanung vom 31. Mai 1972, BBl 1972 I, S.1453ff.
- Botschaft des Bundesrates an die Bundesversammlung betreffend Aenderung der Artikel 31^{quinqies} und 32 Abs.1 der BV (Konjunkturpolitik) vom 10. Jan. 1973, BBl 1973 I, S.117ff.
- Bulletin, Amtliches stenographisches, der Bundesversammlung, Nationalrat, 1968, S.2ff.
- Christen Heinz Peter, Die Wirtschaftsverfassung des Interventionismus, Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 1970.

- Dreows/Wacke/Vogel/Martens, Gefahrenabwehr. Allgemeines Polizeirecht (Ordnungsrecht) des Bundes und der Länder, 8. A., 2. Band: Wandlungen des Polizeibegriffs, Generalklausel und Spezialermächtigungen, Die Generalermächtigung zur Gefahrenabwehr, Polizeipflichtige Personen. Von Wolfgang Martens, Köln/Berlin 1977.
- Ehmke Horst, Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20(1963), S.53ff.
- Fleiner Fritz, Institutionen des deutschen Verwaltungsrechts, 8. A., Tübingen 1928.
- Fleiner Thomas, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1977. (zit. Fleiner, Grundzüge)
- Rechtsgutachten über die Verfassungsmässigkeit des Vorentwurfes zu einem Bundesgesetz über den Umweltschutz vom 18. Dez. 1973, WuR 27(1975), S.193ff. (zit. Fleiner, Umweltschutz)
- Fleiner/Giacometti, Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1949.
- Forsthoff Ernst, Verfassungsmässiger Eigentumsschutz und Freiheit des Berufs, in: Staatsbürger und Staatsgewalt, Karlsruhe 1963, Bd.II, S.19ff.
- Frey Urs Peter, Das Verhältnis der Handels- und Gewerbefreiheit zu den andern Freiheitsrechten, Diss. Zürich, Winterthur 1965.
- Friedrich H.-P., Eigentumsgarantie und landwirtschaftliches Bodenrecht, ZBl 69(1968), S.57ff.
- Friesenhahn Ernst, Der Wandel des Grundrechtsverständnisses, in: Verhandlungen des 50. Deutschen Juristentages, Bd.II, Sitzungsberichte, S. G 1-37, München 1974.
- Geiger Willi, Die Wandlung der Grundrechte, in: Gedanke und Gestalt des demokratischen Rechtsstaates, Wien 1965.
- Gentz Manfred, Zur Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen, NJW 1968 II, S.1600ff.
- Giacometti Zaccaria, Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungsrechts, 1. Band, Zürich 1960. (zit. Giacometti, Verwaltungsrecht)
- Die Freiheitsrechtskataloge als Kodifikation der Freiheit, ZSR N.F. 74(1955), S.149ff. (zit. Giacometti, Kodifikation)

- Die Handels- und Gewerbebefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln der Bundesverfassung, in: Die Freiheit des Bürgers im schweizerischen Recht, Festgabe der juristischen Fakultäten zur hundertjahrfeier der Bundesverfassung, Zürich 1948, S.175ff. (zit. Giacometti, HGF)
- Grimm Dieter, Verfassungsfunktion und Grundgesetzreform, AÖR 97(1972), S.489ff.
- Grisel Etienne, La définition de la police, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hunderjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S.91ff.
- Gueng Urs, Die allgemeine rechtsstaatliche Entschädigungspflicht, Diss. St.Gallen, Zürich/St.Gallen 1967.
- Gut Urs, Die materielle Enteignung, Diss. Zürich 1969.
- Gygi Fritz, Die schweizerische Wirtschaftsverfassung, ZSR N.F. 89(1970) II, S.265ff. (zit. Gygi, Wirtschaftsverfassung)
- Wirtschaftspolitik als Begriff des Verfassungsrechts, in: Schweizerische Wirtschaftspolitik zwischen gestern und morgen. Festgabe für Hugo Sieber, Bern/Stuttgart 1976, S.73ff. (zit. Gygi, Wirtschaftspolitik)
- Ueber die Eigentumsgarantie, MBVR 55(1957), S.257ff. (zit. Gygi, Eigentumsgarantie)
- Expropriation, materielle Enteignung, Lastenausgleich, in: Rechtliche Probleme des Bauens. Berner Tage für Juristische Praxis 1968, Bern 1969, S.81ff. (zit. Gygi, Expropriation)
- Eigentumsfreiheit und Landesplanung, WuR 16(1964), S.273ff. (zit. Gygi, Eigentumsfreiheit)
- Grundrechtskonkurrenz?, in: Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S.61ff. (zit. Gygi, Grundrechtskonkurrenz)
- Gysi Peter, Die sozialpolitische Begrenzung der Handels- und Gewerbebefreiheit in ihrer Bedeutung für den schweizerischen Rechtsstaat, Diss. Zürich 1977.
- Häberle Peter, Die Wesensgehaltgarantie des Art.19 Abs.2 Grundgesetz, 2.A., Karlsruhe 1972.
- Häfelin Ulrich, Verfassungsgebung, ZSR N.F. 93(1974) II, S.75ff.

- Hangartner Yvo, Die Freiheitsgarantie der Bundesverfassung, ZBl 70(1969), S.337ff.
- Hess Peter, Einkaufszentrum. Raumplanung und Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Fribourg, Zürich 1976.
- Hesse Konrad, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 11.A., Heidelberg/Karlsruhe 1978.
- Hinderling Hans Georg, Rechtsnorm und Verstehen, ASR H.407, Bern 1971.
- His Eduard, Wandlungen der Handels- und Gewerbefreiheit, in: Beiträge zum Handelsrecht, Festschrift Carl Wieland, Basel 1934, S.241ff.
- Homburger Eric, Die Gestaltung des Verhältnisses zwischen Handels- und Gewerbefreiheit und der Vertragsfreiheit als Problem der Wirtschaftsordnung, Diss. Zürich 1948.
- Hotz Werner Friedrich, Zur Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit von Grundrechtseingriffen unter besonderer Berücksichtigung der bundesgerichtlichen Praxis zur Handels- und Gewerbefreiheit, Diss. Zürich 1977.
- Huber Hans, Das Staatsrecht des Interventionismus, ZSR N.F. 70(1951) I, S.173ff. (zit. Huber, Interventionismus)
- Das Menschenbild des Rechts, ZSR N.F. 80(1961), S.1ff. (zit. Huber, Menschenbild)
 - Die Bedeutung der Grundrechte für die sozialen Beziehungen unter den Rechtsgenossen, ZSR N.F. 74 (1955) I, S.173ff. (zit. Huber, Bedeutung)
 - Probleme des ungeschriebenen Verfassungsrechts, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Bern 1971, S.329ff. (zit. Huber, Probleme)
 - Die Grundrechte in der Schweiz, in: Bettermann/Neumann/Nipperdey, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. I, 1.Halbbd., Berlin 1966, S.175ff. (zit. Huber, Grundrechte)
 - Ueber den Grundsatz der Verhältnismässigkeit im Verwaltungsrecht, ZSR N.F. 96(1977) I, S.1ff. (zit. Huber, Verhältnismässigkeit)
 - Grundsätze in der Auslegung der Wirtschaftsartikel, WuR 10(1958), S.1ff. (zit. Huber, Auslegung)

- Oeffentlichrechtliche Gewährleistung, Beschränkung und Inanspruchnahme privaten Eigentums in der Schweiz, in: Staat und Privateigentum, Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Bd. 34, Köln/Berlin 1960, S.49ff.
(zit. Huber, Gewährleistung)
- Gewerbefreiheit und Eigentumsgarantie, in: Rechtstheorie, Verfassungsrecht, Völkerrecht, Festschrift für Hans Huber, Bern 1971, S.166ff.
(zit. Huber, Gewerbefreiheit)
- Huber/Tuchtfeldt, Wirtschaftspolitische Ziele in der Verfassung?, "Staat und Politik", Bd. 11, Bern 1970, S.7ff. (zit. Huber, Ziele)
- Imboden Max, Zur Scheinlogik rechtlicher Grundaussagen, in: Staat und Recht. Ausgewählte Schriften und Vorträge, Basel/Stuttgart 1971, S.435ff.
- Imboden Max/Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, Bd. I und II, 5.A., Basel/Stuttgart 1976.
(zit. Imboden/Rhinow)
- Jezler Christoph, Der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung, insbesondere im Bund, Diss. Zürich 1967.
- Jost Andreas, Die neueste Entwicklung des Polizeibegriffs im schweizerischen Recht, ASR H.438, Diss. Bern 1975.
- Junod Charles-André, Problèmes actuels de la constitution économique Suisse, ZSR N.F. 89(1970) II, S.591ff.
- Kägi Werner, Die Verfassung als rechtliche Grundordnung des Staates, Zürich 1945 (Neudruck 1971).
- Knapp Blaise, Intérêt, utilité et ordre publics, in: Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts. Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S.137ff.
- Leisner Walter, Grundrechte und Privatrecht. Münchner öffentlich-rechtliche Abhandlungen H. 1, München/Berlin 1960. (zit. Leisner, Grundrechte)
- Eigentümer als Beruf, JZ 27(1972), S.33ff.
(zit. Leisner, Eigentümer)
- Lendi Martin, Planungsrecht und Eigentum, ZSR N.F. 95(1976) II, S.1ff.
- Lepa Manfred, Grundrechtskonflikte, DVB1 87(1972), S.161ff.

- Lerche Peter, Uebermass und Verfassungsrecht. Zur Bindung des Gesetzgebers an die Grundsätze der Verhältnismässigkeit und der Erforderlichkeit, Köln/Berlin/München/Bonn 1961.
- Martens Wolfgang, Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg v.d.H./Berlin/Zürich 1969. (zit. Martens, Öffentlich)
- Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 30(1972), S.7ff. (zit. Martens, Grundrechte)
- Marti Hans, Die Handels- und Gewerbefreiheit nach den neuen Wirtschaftsartikeln, Bern 1950. (zit. Marti, HGF)
- Die Wirtschaftsfreiheit der schweizerischen Bundesverfassung, Basel/Stuttgart 1976. (zit. Marti, Wirtschaftsfreiheit)
- Meier-Hayoz Arthur, Berner Kommentar, Das Sachenrecht, 1.Abt.: Das Eigentum, 1.Teilbd.: Systematischer Teil und allgemeine Bestimmungen, Art.641 - 654 ZGB, 4.A., Bern 1966.
- Meyer Ludwig, Die materielle Enteignung im neuen bernischen Baugesetz, ZBJV 108(1972), S.187ff.
- Morstein Marx Fritz, Gemeinwohl und politische Strategie, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, 1968, S.32ff.
- Müller Friedrich, Juristische Methodik, Berlin 1971. (zit. Müller F., Methodik)
- Die Positivität der Grundrechte, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 100, Berlin 1969. (zit. Müller F., Positivität)
- Müller Georg, Die Drittwirkung der Grundrechte, ZBl 79(1978), S.233ff.
- Müller Jörg Paul, Soziale Grundrechte in der Verfassung? ZSR N.F. 92(1973) II, S.687ff. (zit. Müller J.P., Grundrechte)
- Die Grundrechte der Verfassung und der Persönlichkeitsschutz des Privatrechts, Diss. Bern 1964. (zit. Müller J.P., Persönlichkeitsschutz)
- Muller Pierre, Le principe de la proportionnalité, ZSR N.F. 97 (1978) II, S.201ff.
- Münch Ingo v., Grundgesetz. Kommentar, Hrsg. Ingo v. Münch, Frankfurt a.M./München 1974-76, Bd. I: Präambel bis Art. 20 GG.

- Nef Hans, Die Wertordnung der Schweizerischen Bundesverfassung, in: Verfassungsrecht und Verfassungswirklichkeit, Festschrift für Hans Huber, Bern 1961, S.190ff. (zit. Nef, Wertordnung)
- Die Handels- und Gewerbefreiheit, Schweizerische Juristische Kartothek, Karten Nr.616ff. (zit. Nef, HGF)
- Nipperdey Hans Carl, Grundrechte und Privatrecht, in: Festschrift für Erich Molitor, München/Berlin 1962, S.17ff.
- Oberle Max, Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit des polizeilichen Eingriffs, Diss. Zürich, Affoltern a.A. 1952.
- Reinhardt R./Scheuner U., Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954.
- Rhinow René A., Der Grundrechtskatalog als Problem des Verfassungsrechts, ZBl 70(1969), S.225ff.
- Rittstieg Helmut, Eigentum als Verfassungsproblem, Darmstadt 1975.
- Rosenstock Peter Ueli, Die Haftung des Staates als Unternehmer im Bereiche der Hoheitsverwaltung. Eine Auseinandersetzung mit dem Prinzip der Legalität der Entschädigung und zugleich ein Beitrag zur Systematik des öffentlichen Schadenersatzrechtes, Diss. Zürich 1966.
- Rüfner Wolfgang, Ueberschneidungen und gegenseitige Ergänzungen der Grundrechte, in: Der Staat 7(1968), S.41ff. (zit. Rüfner, Ueberschneidungen)
- Grundrechtskonflikte, in: Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz. Festgabe aus Anlass des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen 1976, S.453ff. (zit. Rüfner, Grundrechtskonflikte)
- Unternehmen und Unternehmer in der verfassungsrechtlichen Ordnung der Wirtschaft, DVBl 91(1976), S.689ff. (zit. Rüfner, Unternehmen)
- Rupp Hans Heinrich, Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen. Bedeutung der Begriffe im Verwaltungsrecht, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, 1968, S.116ff. (zit. Rupp, Wohl der Allgemeinheit)
- Vom Wandel der Grundrechte, AöR 101(1976), S.161ff. (zit. Rupp, Grundrechte)

- Ryffel Hans, Oeffentliche Interessen und Gemeinwohl. Reflexionen über Inhalt und Funktion, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39. 1968, S.13ff.
- Saladin Peter, Grundrechte im Wandel, 2.A., Bern 1975.
(zit. Saladin, Grundrechte)
- Die Funktion der Grundrechte in einer revidierten Verfassung, ZSR N.F. 87(1968) I, S.531ff.
(zit. Saladin, Funktion)
- Saladin Peter/Lanz Christoph, Rechtliche Probleme im Zusammenhang mit Einkaufszentren, ZBl 77(1976), S.89ff.
- Schaumann Wilfried, Der Auftrag des Gesetzgebers zur Verwirklichung der Freiheitsrechte, JZ 25(1970), S.48ff.
(zit. Schaumann, Auftrag)
- Enteignung und Enteignungsentschädigung unter besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts, JZ 15(1960), S.142ff.
(zit. Schaumann, Enteignung)
 - Die Landesplanung im schweizerischen, englischen und französischen Recht. Eine rechtsvergleichende und rechtspolitische Studie, Diss. Zürich 1950.
(zit. Schaumann, Landesplanung)
- Scheuner Ulrich, Pressefreiheit, VVDStRL 22(1965), S.2ff.
(zit. Scheuner, Pressefreiheit)
- Die Funktion der Grundrechte im Sozialstaat, DOeV 24(1971), S.505ff. (zit. Scheuner, Funktion)
 - Artikel "Verfassung", Staatslexikon 6.A., Freiburg im Breisgau 1963, Bd. 8, Sp. 117ff.
(zit. Scheuner, Verfassung)
 - (Hrsg.), Die staatliche Einwirkung auf die Wirtschaft, Frankfurt 1971, daselbst Einführung, S.9ff.
(zit. Scheuner, Einführung)
- Schluep Walter R., Wirtschafts- und Sozialverfassung, ZSR N.F. 97(1978) I, S.335ff.
- Schmid Hubertus, Die Unterscheidung zwischen wirtschaftspolitischen und wirtschaftspolitischen Massnahmen im schweizerischen Recht, Diss. St.Gallen 1974.
- Schnur Roman, Gemeinwohl und öffentliche Interessen in den Verfassungen und den Gesetzen des sozialen Rechtsstaates, in: Wohl der Allgemeinheit und öffentliche Interessen, Schriftenreihe der Hochschule Speyer, Bd. 39, 1968, S.57ff.

- Scholz Rupert, Koalitionsfreiheit als Verfassungsproblem, Münchner Universitätsschriften, Bd. 18, München 1971.
- Stalder Christoph, "Preferred Freedoms" - das Verhältnis der Meinungsäusserungsfreiheit zu den andern Grundrechten, ASR H.447, Bern 1977.
- Steinlin Christoph, Eidgenössische und kantonale Raumplanungskompetenzen, Diss. Bern 1972.
- Weber Rolf H., Eigentum als Rechtsinstitut, ZSR N.F. 97(1978) I, S.161ff.
- Weber Werner, Eigentum und Enteignung, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Handbuch der Theorie und Praxis der Grundrechte, Bd. II, Berlin 1954, S.331ff. (zit. Weber W., Enteignung)
- Das Eigentum und seine Garantie in der Krise, in: Festschrift für Karl Michaelis, Göttingen 1972, S.316ff. (zit. Weber W., Eigentum)
- Wespi Kaspar, Die Drittwirkung der Freiheitsrechte, Diss. Zürich 1968.
- Wolffers Artur, Neue Aspekte des Grundsatzes der Verhältnismässigkeit, ZBJV 113(1977), S.297ff.
- Zimmerli Ulrich, Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zur materiellen Enteignung, ZBl 75(1974), S.137ff. (zit. Zimmerli, Enteignung)
- Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit im öffentlichen Recht, Diss. Bern 1978. (zit. Zimmerli, Verhältnismässigkeit)

Abkürzungsverzeichnis

A.	Auflage
Abs. (al.)	Absatz
a.M.	anderer Meinung
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv des Öffentlichen Rechts, Tübingen
Art.	Artikel
AS	Amtliche Sammlung der Bundesgesetze
ASR	Abhandlungen zum Schweizerischen Recht
BB	Bundesbeschluss
BB1	Bundesblatt
Bd., Bde.	Band, Bände
Bem.	Bemerkung
BG	Bundesgesetz
BGE	Entscheide des Bundesgerichts, Amtliche Sammlung, Lausanne
BV(Cst.)	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
BVerfGE	Entscheide des Bundesverfassungsgerichts, Tübingen
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
DOeV	Die Öffentliche Verwaltung, Stuttgart
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt, Köln/Berlin
e.V.	eingetragener Verein
f., ff.	und folgende
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949
H.	Heft
HGF	Handels- und Gewerbefreiheit
Hrsg.	Herausgeber
i.e.S.	im engeren Sinne

insbes.	insbesondere
JZ	Juristenzeitung, Tübingen
lit.	litera (Buchstabe)
m.a.W.	mit andern Worten
MBVR	Monatsschrift für bernisches Verwaltungsrecht und Notariatswesen, Bern
N	Note
N.F.	Neue Folge
NJW	Neue Juristische Wochenschrift, Berlin/ Frankfurt/München
NR	Nationalrat
Nr.	Nummer
Rdnr.	Randnummer
s.	siehe
S.	Seite
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek, Genf
sog.	sogenannt(-er, -e, -es)
Sp.	Spalte
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
u.a.	und andere
u.ä.	und ähnliche(-es)
usw.	und so weiter
v.a.	vor allem
vgl.	vergleiche
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin
WuR	Wirtschaft und Recht, Zürich
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins, Bern
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung, Zürich
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Basel

1. Kapitel: Die Grundrechte

§ 1 Begriff und Eigenart der Grundrechte

I. Die Grundrechte im geltenden Recht

Die geltende schweizerische Bundesverfassung enthält keine einheitliche Darstellung der Grundrechte. Die Freiheitsgarantien finden sich vielmehr über den Text der Verfassung verstreut. Der erste Abschnitt enthält - neben der Umschreibung der Wesensmerkmale des Staates - in bunter und zufälliger Folge Gewährleistungen von Grundrechten und Kompetenznormen. Die Aufzählung einzelner Grundrechte in der Verfassung ist nicht endgültig; sie scheint eher willkürlich zu sein, ist jedoch historisch zu erklären. Aufnahme in die Verfassung fanden jene Freiheiten, die gerade aktuell waren, d.h. durch den Staat gefährdet erschienen(1).

Die verfassungsmässigen Grundrechte sind Ansprüche des Bürgers, die er unmittelbar gestützt auf die Verfassung gegen den Staat geltend machen kann(2). Die Ansprüche sind verschiedenartig, je nachdem es sich um politische Rechte, Freiheitsrechte oder die Rechtsgleichheit handelt.

Die Freiheitsrechte sind Abwehrrechte gegenüber dem Staat. Sie umschreiben bestimmte Bereiche persönlicher Lebensgestaltung, körperlicher und geistiger Integrität des einzelnen, die staatlicher Kontrolle und Regulierung entzogen sind. Umstritten

1) Giacometti, Kodifikation, S.163ff; Hangartner, S.337; Huber, Bedeutung, S.173ff; Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.5f.

2) Häfelin, S.91; Müller J.P., Grundrechte, S.852.

ist, ob sie darüber hinaus "als materiale Grundentscheidungen der Verfassung mit positiver Auswirkung und so in einem institutionellen Sinne zu verstehen sind"(1).

II. Der Doppelcharakter der Grundrechte

Die Bezeichnung Doppelcharakter besagt, dass die Grundrechte zwei wesentliche Eigenschaften enthalten. Einerseits sind sie subjektive Rechte, Rechte des einzelnen. Andererseits sind sie Grundelemente objektiver staatlicher Ordnung.

1. Die Grundrechte als subjektive Rechte

Als Menschenrechte sind die Grundrechte individuelle Rechte auf Abwehr staatlicher Machtausübung(2). Sie gewähren dem einzelnen Ansprüche auf staatliches Dulden und Unterlassen. Sie ermöglichen es ihm, sich gegen unberechtigte Beeinträchtigungen seines privaten Lebens- und Kommunikationsbereiches durch die staatlichen Gewalten auf dem Rechtswege zur Wehr zu setzen.

Die Grundrechte als subjektive Rechte erschöpfen sich indes nicht in ihrem negatorischen Anspruch. Sie enthalten eine nicht minder wichtige "positive"(3) Seite. Die Grundrechte sind gewährleistet, damit die in ihnen garantierten Freiheiten aktualisiert werden können, d.h. sie geben dem Bürger die Möglichkeit, sein Leben frei und selbstverantwortlich zu gestalten und

-
- 1) Häfelin, S.92; in diesem Sinne auch Häberle, S.70ff; Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.163ff; ders., Grundrechte, S.813; Saladin, Grundrechte, S.292ff.
 - 2) Hesse, S.122; Saladin, Grundrechte, S.292.
 - 3) Positiv nicht im Sinne eines Anspruches auf ein Tun, auf Leistung des Staates.

in Angelegenheiten des Staates mitzuwirken(1).

2. Die Grundrechte als Elemente objektiver Ordnung ("institutionelle"(2) Seite)

Ein erster Ansatz für diese Erkenntnis findet sich schon bei Giacometti(3), der den Grundrechten neben ihrer Schutzfunktion gegen die "Staatsallmacht" zugleich die Bedeutung freiheitlicher Ordnungs- und Funktionsprinzipien für die gesamte Rechtsordnung zumisst(4). Giacometti blieb jedoch in der Folge einem negatorischen Grundrechtsverständnis verhaftet.

Der Glaube an "Pflicht und Fähigkeit des Individuums zur Selbstvervollkommnung und Selbsterfüllung", wie er der individuell-negatorischen Grundrechtsdeutung zugrunde liegt, sowie die Vorstellung, dass Freiheit sich im ausserstaatlichen Bereich von selbst verwirkliche, hat sich in zunehmendem Masse als illusorisch erwiesen(5). Das idealistische Menschenbild naturrechtlicher Provenienz steht in Frage(6). Der Mensch ist nicht eine autonome und sozial unabhängige Person. Seine Existenz ist eine soziale Existenz(7). In der heutigen staatlichen

-
- 1) Hesse, S.123.
zur "Aktualisierung" vgl. Häberle, S.45f; ähnlich Geiger, S.14, der zwischen "Primärnorm" als subjektivem Recht auf Betätigung und "Sekundärnorm" als negatorischem Anspruch unterscheidet.
 - 2) "institutionell" deckt sich nicht mit dem herkömmlichen Verständnis der "institutionellen Garantie": es geht hier nicht um den Schutz bestimmter verfassungsrechtlich gewährleisteter Rechtseinrichtungen vor Uebergriffen des Staates, sondern um eine Garantie gesellschaftlicher Sachverhalte, Lebensbereiche durch positive Förderung; vgl. Häberle, S.70ff; Martens, Grundrechte, S.32ff; Rupp, Grundrechte, S.172ff.
 - 3) Fleiner/Giacometti, S.243f.
 - 4) Fleiner/Giacometti, S.244.
 - 5) Friesenhahn, S.G 16f; Saladin, Funktion, S.553f.
 - 6) Huber, Bedeutung, S.190ff; Saladin, Funktion S.532ff.
 - 7) Huber, Bedeutung, S.196ff.

und gesellschaftlichen Wirklichkeit ist er in die wirtschaftliche und soziale Umwelt eingebettet(1) und in seiner Lebensgestaltung durch wirtschaftlich-soziale Abhängigkeit weitgehend bestimmt(2). Der einzelne vermag die traditionellen Freiheitsrechte nicht oder nur teilweise aus eigener Kraft auszuüben(3). Es gilt, die Voraussetzungen zu ihrem Gebrauch in den Schutzbereich der Grundrechte einzubeziehen(4). Die Freiheitsrechte wandeln sich so zu Grundrechten im eigentlichen Sinne der "Grundlegung" für den Staat(5). Sie erhalten somit konstitutive Bedeutung(6) bzw. werden zu institutionellen Garantien(7). In dieser Bedeutung sind die Elemente einer freiheitlichen gesellschaftlichen Ordnung. Sie enthalten den Auftrag, die Freiheit zu verwirklichen und zu schützen(8).

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Institutionelle und individualrechtliche Deutung der Grundrechte schliessen sich nicht aus. Die beiden Aspekte in ihrer Gesamtheit bilden das Grundrecht(9). Die institutionelle Seite ist aber bei den verschiedenen Grundrechten unterschiedlich ausgeprägt(10).

1) Scheuner, Funktion, S.507.

2) Müller J.P., Grundrechte, S.814f.

3) Saladin, Funktion, S.538; Schaumann, Auftrag, S.48ff.

4) Hesse, S.87; Rupp, Grundrechte, S.174.

5) Saladin, Funktion, S.539ff; Schaumann, Auftrag, S.49.

6) Häberle, S.11; Saladin, Funktion, S.541; ders., Grundrechte, S.294.

7) Häberle, S.70ff; Saladin, Grundrechte, S.295ff.

8) Rupp, Grundrechte, S.173; Schaumann, Auftrag, S.49.

9) Häberle, S.70ff; Huber, Menschenbild, S.15.

10) Müller J.P., Grundrechte, S.815f.

III. Die Grundrechte im Verfassungsgefüge

1. Grundrechte und Funktion der Verfassung

1.1 Funktion der Verfassung allgemein(1)

Es ist die Bestimmung einer Verfassung, die rechtliche Grundordnung für ein Staatswesen festzulegen. Ihre zentrale Aufgabe besteht darin, legitimierte Herrschaftsträger zu schaffen und ihnen ihre Kompetenzen zuzuteilen(2). Die Verfassung konstituiert die normative Ordnung der Staatsorganisation(3). Sie regelt normativ die politische Willensbildung in der staatlichen Gemeinschaft durch Kompetenz- und Verfahrensvorschriften(4).

In engem Zusammenhang damit steht die Machtlimitierung des Staates und der Staatsgewalt(5) durch ein System der Trennung, der wechselseitigen Hemmung und Kontrolle der "drei Gewalten".

Die Idee der rechtlichen Verfassung erschöpft sich nicht in diesem Organisationsprinzip staatlicher Machtausübung(6). Die Verfassung ist die Grundlage der ganzen staatlichen Rechtsordnung(7), da sie die "Voraussetzungen der Schaffung, Geltung und Durchsetzung der Normen der übrigen Rechtsordnung herstellt und deren Inhalt weitgehend bestimmt"(8).

1) vgl. insbes. Grimm, S.489ff; Hesse, S.3-34; Kägi, S.9ff; Scheuner, Verfassung, Sp.117ff.

2) Grimm, S.495.

3) Kägi, S.41f; Scheuner, Verfassung, Sp.118.

4) Hesse, S.13; Müller J.P., Grundrechte, S.716.

5) Hesse, S.14; Kägi, S.43ff.

6) Häfelin, S.83.

7) Kägi, S.42.

8) Hesse, S.11; Rupp, Grundrechte, S.171.

Die Verfassung ist auch materiale Grundordnung(1). Sie legt verbindlich fest, was nicht offen bleiben soll, d.h. "die Grundlagen der Ordnung des Gemeinwesens", die nicht "neuer Verständigung"(2) bedürfen.

1.2 Funktion im Bereich der Grundrechte

In den Grundrechten im Sinne von Freiheitsrechten, politischen Rechten und der Rechtsgleichheit garantiert die Verfassung die fundamentale Rechtsstellung der Bürger(3). Die garantierte Freiheit der Bürger hat einen unmittelbaren Bezug auf ihre Mitwirkung am freiheitlichen Staat. Sie bezeichnet nicht Staatsferne, nicht nur "Freiheit vom Staate", sondern "Freiheit zum Staate"(4). Die Gewährleistung der Freiheit ist ein Grundelement des politischen Aufbaus. Das geschützte Recht des Bürgers wird zum grundlegenden Konstitutionsprinzip des Staatsgefüges(5). Gerade in ihrer Funktion als materiale Grundordnung versucht die Verfassung im Bereich der Grundrechte eine Sozialgestaltung anzustreben(6).

Zusammenfassung: Ueber die individualrechtliche Ausgestaltung bestimmter Freiheitspositionen hinaus garantiert die Verfassung in den Grundrechten den Ablauf eines freien politischen Prozesses und setzt mit dem Ziel einer "gleichen Chance freier Persönlichkeitsentfaltung für alle Richtlinien rechtlicher Gestaltung und politischen Handelns"(7).

1) Häfelin, S.83f; Hesse, S.11ff; Kägi, S.59ff; Müller J.P., Grundrechte, S.718ff.

2) Hesse, S.13.

3) Häfelin, S.83; Scheuner, Verfassung, Sp.118.

4) Kägi, S.48ff.

5) Scheuner, Verfassung, Sp.122.

6) Friesenhahn, S.G 6; Grimm, S.495ff.

7) Müller J.P., Grundrechte, S.744.

2. Grundrechte, Wertordnung und Wertverständnis der Verfassung

"Alles Recht ist wertbezogen, denn alles Recht dient der Erhaltung und Verwirklichung von Werten"(1). In besonderem Masse gilt diese Wertbezogenheit für die Verfassung, für die von ihr umschlossenen Fundamentalprinzipien. Sie enthält den rechtlichen Niederschlag von Entscheidungen, die das Ergebnis politischer Auseinandersetzung sind, einer Auseinandersetzung um Werte und Wertkonflikte. Diese Werte können jedoch nicht als einheitliches System(2), aber auch nicht im Sinne eines "abstrakten Werthimmels"(3) verstanden werden. Die Verfassung hat nicht eine starre Wertordnung mit feststehendem Rangverhältnis festzulegen, sie hat keine Weltanschauung zu verwirklichen(4), sie hat weltanschaulich neutral zu sein. Nur dann besteht die Möglichkeit, dass alle Bürger mit ihren Verschiedenheiten in einem Staat zusammenleben können, ohne um ihre Eigenart fürchten zu müssen.

Die Grundrechte geben in ihrer Gesamtheit und in ihrem Zusammenhang dem Staatswesen eine zentrale Wertgrundlage. Doch verkörpern sie nicht eine absolut unabänderliche, freiheitliche Wert- und Rangordnung(5). Hervorgegangen sind sie aus bestimmten historischen Gefährdungen des Menschen. So verbietet schon ein geschichtliches Denken, den Grundrechtskatalog als etwas Abgeschlossenes und die einzelnen Grundrechte selbst als Deduktion eines allgemeinen Prinzips zu betrachten(6). Vielmehr sind die Grundrechtsgewährleistungen einzelne Verfassungs-

1) Nef, Wertordnung, S.190.

2) Bäumlin, Rechtsstaatsgedanke, S.101; ders., Staat, S.12, 30; Hesse, S.11f, 127, 129.

3) Häberle, S.7.

4) Bäumlin, Rechtsstaatsgedanke, S.100.

5) Scheuner, Pressefreiheit, S.37ff.

6) Hinderling, S.226; Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.76; Scheuner, Pressefreiheit, S.43f.

sätze, die auf die besondere Verstärkung des rechtlichen Schutzes bestimmter Freiheiten, bestimmter Einrichtungen oder oberster Rechtsmassstäbe gerichtet sind(1). Die Grundrechte sind Ausdruck ethischer Anschauung innerhalb einer bestimmten, geschichtlich gewordenen Kultur eines Staates(2). In diesem Sinne kann von Werten oder Wertordnung gesprochen werden, deren "ständig neue Aktualisierung hic et nunc aufgegeben ist"(3).

§ 2 Grenzen der Grundrechtsgarantien

Die Frage nach den Grenzen der Grundrechtsgarantien ist zugleich die Frage nach dem verfassungsrechtlich relevanten Inhalt und Umfang der Grundrechte(4). "Grundrechtliche Freiheiten sind rechtliche Freiheiten und als solche stets inhaltlich bestimmt, d.h. aber begrenzt"(5). Aufgabe der Grundrechtsbegrenzungen ist es, die grundrechtlich geschützten Lebensverhältnisse einander zuzuordnen und diese wiederum zu andern Rechtsgütern in Uebereinstimmung zu bringen(6). Vor allem finden die Grundrechte des einen ihre Grenzen an denen der Mitmenschen.

Obschon gelegentlich die Auffassung vertreten wird, die Freiheitsrechte seien nur im Rahmen der geltenden Rechtsordnung gewährleistet(7), lässt sich ein allgemeiner Gesetzesvorbehalt nicht rechtfertigen(8). Vielmehr sind für jede konkrete

1) Scheuner, Pressefreiheit, S.47.

2) Scheuner, Pressefreiheit, S.51f.

3) Häberle, S.7; ähnlich: Bäuml, Staat, S.30; Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.80.

4) Hesse, S.129ff; Hinderling, S.236; Rhinow, S.234; ähnlich Imboden, S.441: "Substanz und Schranke sind eines".

5) Hesse, S.131ff.

6) Häberle, S.183; Hesse, S.134ff; Saladin, Grundrechte, S.339.

7) vgl. BGE 88 IV 122.

8) Saladin, Grundrechte, S.360ff, insbes. S.363ff.

Verbürgung der Grundrechte die Begrenzungen gesondert vorzunehmen(1).

I. Materielle Voraussetzungen der Grundrechtsschranken

1. Motive für Beschränkungen

Grundrechtsbeschränkungen motivieren sich aus zwei Hauptgründen und zielen in zwei haupttrichtungen: Sie dienen entweder dem Schutz anderer Grundrechtsträger oder den Interessen des Staates, wobei freilich der Schutz des Mitbürgers zugleich im Staatsinteresse liegen kann.

1.1 Schutz der verfassungsmässigen Ordnung und Staatssicherheit

Es geht hier um den eigentlichen Staatsschutz. Dessen Aufgabe besteht in der Sicherung der Existenz des Staates(2). Darunter fällt jedoch nicht nur die Behauptung der Unabhängigkeit gegen aussen, sondern auch der Schutz der verfassungsmässigen Ordnung als Verwirklichung des demokratischen, föderalistischen und liberalen Leitbildes des schweizerischen Bundesstaates(3).

1.2 Schutz der sog. Polizeigüter

1.2.1 Begriff der Polizeigüter

Als Polizeigüter werden all jene Güter verstanden, von denen Gefahren abzuwenden die Polizei verpflichtet ist(4). Die Einteil-

1) Huber, Probleme, S.338; Rhinow, S.234; Saladin, Grundrechte, S.364.

2) Huber, Probleme, S.339.

3) Saladin, Grundrechte, S.342.

4) Saladin, Grundrechte, S.344; zum Begriff der Polizei vgl. ausführlicher Grisel, S.91ff; Jost, S.15ff.

lung und Abgrenzung der einzelnen Rechtsgüter ist wenig logisch. Zu den geschützten Gütern werden vor allem Leben, Gesundheit, Ruhe, Sittlichkeit, öffentliche Sicherheit, persönliche Ehre und Intimsphäre, Eigentum u. ä. gezählt(1). Die Aufzählung dieser üblicherweise genannten Polizeigüter ist nicht abschliessend(2). Sie unterliegt der Rechtsentwicklung sowie der Wandlung des Staatsverständnisses und der sittlichen Empfindungen(3). Die einzelnen Polizeigüter zusammen konstituieren die öffentliche Ordnung und Sicherheit(4), d.h. jenen Rechtszustand, dessen Aufrechterhaltung - nach den jeweils herrschenden sozialen und ethischen Anschauungen - die unentbehrliche Voraussetzung für ein gedeihliches staatsbürgerliches Zusammenleben bildet(5).

1.2.2 Verhältnis der öffentlichen Ordnung zu den Grundrechten

Die Ausübung der Grundrechte steht unter dem Vorbehalt der öffentlichen Ordnung(6). Der Begriff der öffentlichen Ordnung wird mitgeprägt durch den Gehalt der Grundrechte. Denn sie zählen in erster Linie zu jenen grundlegenden Rechtsnormen, die als Grundlagen der staatlichen und bürgerlichen Gemeinschaft angesehen werden müssen(7). Dass der Gehalt der Grundrechte sich bereits auf den Begriff "öffentliche Ordnung" auswirkt, muss um so mehr gelten, wenn diese Rechte in einem institutionell-konstitutiven Sinne verstanden werden. In diesem Sinne bilden sie ja nicht nur subjektive Rechte des einzelnen, sondern auch konstituierende Elemente der Gesamtrechtsordnung(8). So gesehen

1) Saladin, Grundrechte, S.344.

2) Jost, S.25.

3) Jost, S.26.

4) zum uneinheitlichen Begriff vgl. Jost, S.20ff; Saladin, Grundrechte, S.344, 349 Anm.26.

5) Grisel, S.113; Jost, S.20.

6) Saladin, Grundrechte, S.343.

7) Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.199.

8) vgl. vorne § 1 II 2, S.3.

liegt die Polizeifunktion des Staates geradezu im Schutz der grundrechtlich konstituierten Gemeinschaftsordnung(1).

1.3 Weitere Öffentliche Interessen

Das öffentliche Interesse ist nichts anderes als das Interesse an der Verwirklichung und Konkretisierung der Normen der Verfassung und der Gesetze(2). Dieses Interesse, das alle Bürger einer Gemeinschaft umschliesst, - auch wenn einige diese Interessen tatsächlich nicht haben -, soll nicht ohne weiteres den privaten Interessen weichen müssen. Die öffentlichen Interessen (Gesamtinteressen), demokratisch verstanden, sind die vorrangigen Interessen, die jeder Mensch als Mensch im Hinblick auf die konkrete Entfaltung jedes Menschen hegen sollte(3).

Rechtliche Relevanz kommt dem Ausdruck "öffentliche Interessen"(oder ähnlichen) im Konflikt zwischen staatlichen Belangen und individuellem Interesse zu(4). Er findet sich hauptsächlich in den Grundrechtsverbürgungen wieder, d.h. in jenen Bestimmungen der Verfassung, die die Regelung des Verhältnisses von Bürger und Staatsgewalt enthalten(5). Dabei geht es darum, dem Interesse des einzelnen, nach Belieben zu handeln, im Interesse der Gruppe Grenzen zu setzen. Das öffentliche Interesse dient dabei einerseits als Oberbegriff staatlicher Eingriffsmotivation für die ausschliesslich negative Gefahrenabwehr, andererseits darüber hinaus zur Begründung staatlicher Massnahmen, die im Hinblick auf politische, wirtschaftliche und sozia-

1) Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.196ff; Saladin, Grundrechte, S.348, 350.

2) Fleiner Th., Grundzüge, S.242; diese Definition Fleiners ist nicht sehr aussagekräftig, nicht jedes Gesetz liegt eo ipso im öffentlichen Interesse; vgl. auch S.12 unten und 13 oben.

3) Ryffel, S.20.

4) Schnur, S.67.

5) Schnur, S.67.

le Bedürfnisse des Staates getroffen werden müssen(1). Hinter dieser Auffassung steht nicht mehr nur die "liberale Abwehr-ideologie der Freiheitsrechte"(2). Das öffentliche Interesse kann nicht nur als vom Staat wahrzunehmender Gegenpart individueller Freiheiten verstanden werden(3). Im Begriff "öffentliches Interesse" schwingen die Freiheitsverbürgungen mit. Er ist von all denjenigen Elementen der individuellen Freiheitssicherung geprägt, die Grundpfeiler der Verfassungsordnung im Sinne eines institutionellen Grundrechtsverständnisses sind(4).

Aus dieser Sicht folgt, dass die Verfassung als oberste Wertordnung(5) das öffentliche Interesse nicht als Leerformel behandeln darf, deren Ausfüllung den Staatsorganen überlassen bleibt(6). Obwohl dem Gesetzgeber von der Verfassung her ein relativ weitgehender Spielraum in der Verwirklichung und Konkretisierung politischer Ziele offensteht, darf er die in der Verfassung vorgezeichneten Wertungen nicht übergehen. In letzter Konsequenz erweisen sich die öffentlichen Interessen als generalisierte und objektivierte Interessen der einzelnen und der Gruppen, herausgelöst aus dem Zustand blosser Augenblicklichkeit(7). Sie stellen sich dar als Ueberbrückung von unterschiedlichen Interessentendenzen, als im Wege demokratischer Willensbildung zustandegekommener Kompromiss und Konsens(8). Dabei bedeutet der Umstand, dass auf demokratischem Weg ein Konsens (der Mehrheit) zustandegekommen ist, noch nicht, dass das öffentliche Interesse stark genug ist, um in die Freiheit

1) Aubert, Nr. 2183, S.761; Knapp, S.153; Martens, Öffentlich, S.198f; Saladin, Grundrechte, S.345.

2) Fleiner Th., Grundzüge, S.18.

3) Knapp, S.140ff; Rupp, Wohl der Allgemeinheit, S.117.

4) Rupp, Wohl der Allgemeinheit, S.118.

5) vgl. vorne § 1 III 2, S.7.

6) Schnur, S.60.

7) Ryffel, S.21.

8) Morstein Marx, S.41.

der Minderheit einzugreifen. Diese muss auch vor einer überbordenden Demokratie geschützt werden.

2. Verhältnismässigkeitsprinzip

Das Prinzip der Verhältnismässigkeit, das dem Polizeirecht(1) und Verwaltungsrecht(2) entstammt, hat heute verfassungsrechtliche Bedeutung erlangt(3). Es gilt als Grundsatz von Verfassungsrang für die ganze Rechtsordnung, für die Rechtsanwendung wie für die Gesetzgebung(4).

Hier wird von der allgemeinen Geltung des Grundsatzes für alle Grundrechtsbeschränkungen ausgegangen, wobei offen bleiben soll, wo das Verhältnismässigkeitsprinzip verfassungsrechtlich verankert ist(5).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit will eine Beziehung zwischen Zweck und Mittel herstellen und durch Vergleich mit den Wirkungen übermässige Eingriffe weitestgehend ausschalten(6). Um die Beziehung Zweck - Mittel herstellen zu können, bedarf jeder Eingriff in die Grundrechte eines Zweckes. Denn ohne Zweck gibt es kein ihm entsprechendes Mittel. Grundlose Freiheitsbeschränkungen sind dem Staat somit verboten(7). Die Zwecke, um derentwillen Grundrechte beschränkt werden können,

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.80; Oberle, S.41; Saladin, Grundrechte, S.355.

2) Fleiner F., S.400; Huber, Verhältnismässigkeit, S.1ff.

3) Häberle, S.67.

4) Gentz, S.1605f; Imboden/Rhinow, Nr.58 Bem. III, S.340ff; Wolffers, S.298f; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.19ff.

5) vgl. dazu etwa Hotz, S.27ff; Huber, Verhältnismässigkeit, S.4ff, insbes. S.17ff; Lerche, S.29ff.

6) Gentz, S.1601.

7) Gentz, S.1601.

sind ihrerseits beschränkt. Der Staat darf nur für Zwecke eingreifen, die die Verfassung ihm zu verfolgen erlaubt, d.h. jeder Eingriff muss in seiner Gesamtheit, also im Zweck und Mittel, verfassungslegitim sein(1).

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit enthält eigentlich drei Regeln(2):

1. Die Geeignetheit. Eine Massnahme ist dann zur Zweckerreichung geeignet, wenn mit ihrer Hilfe der gewünschte Erfolg näherrückt. Sie ist ungeeignet, wenn sie die Erreichung des beabsichtigten Zieles erschwert oder im Hinblick auf das Ziel überhaupt keine Wirkung entfaltet(3).
2. Die Erforderlichkeit(4). Der Grundsatz der Erforderlichkeit ist identisch mit dem Grundsatz des mildesten Mittels(5). Das mildere oder mildeste Mittel muss tatsächlich denselben oder einen besseren Erfolg erzielen, wobei auch die erfolgsirrelevanten Nebenwirkungen mitberücksichtigt werden müssen(6).
3. Ein Grundrechtseingriff muss schliesslich im engeren oder eigentlichen Sinne verhältnismässig sein(7). Es darf kein Missverhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und dem

1) Gentz, S.1602; Lerche, S.225ff.

2) Gentz, S.1608; Huber, Verhältnismässigkeit, S.27ff; Wolffers, S.298; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.13ff.

3) Gentz, S.1603; Häberle, S.67; Jost, S.92; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.81; Wolffers, S.298.

4) oder Notwendigkeit, vgl. Hotz, S.13 Anm.13.

5) Gentz, S.1604; Hotz, S.13; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.81; Wolffers, S.298.

6) Gentz, S.1604; Jost, S.93; Lerche, S.19.

7) Gentz, S.1604; Hotz, S.16ff.

Wert des realisierbaren Erfolgs entstehen(1), d.h. es ist abzuwägen zwischen Freiheitsopfer und Zweck.

II. Formelle Voraussetzung für Beschränkungen (gesetzliche Grundlage)

Das formelle Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ist Ausfluss des Legalitätsprinzips, Anwendungsfall des allgemeinen Grundsatzes der Gesetzmässigkeit der Verwaltung(2).

Unterschieden werden zwei Ausprägungen des Gesetzmässigkeitsprinzips: der Vorrang und der Vorbehalt des Gesetzes(3). In dieser Arbeit interessiert das Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes. Es besagt, dass im Rechtsstaat die Begründung von Rechten und Pflichten nur durch Rechtssatz, d.h. durch Gesetz im materiellen Sinne(4), erfolgen kann(5). Bei diesem Prinzip ist das Gesetz nicht lediglich Schranke, sondern auch Bedingung, d.h. die Verwaltung darf nicht nur nicht gegen Gesetze verstossen, sondern sie darf überhaupt nur tätig werden, wenn ein Gesetz dies vorsieht(6), es sei denn, die Verfassung treffe in Abweichung vom Prinzip der Gesetzmässigkeit eine andere Regelung(7).

Vom Erfordernis der gesetzlichen Grundlage entbindet nur

-
- 1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.81; Wolffers, S.298.
 - 2) Giacometti, Verwaltungsrecht, S.513f.
 - 3) Imboden/Rhinow, Nr. 59 Bem. Ia/b, S.352ff; Jezler, S.3ff, insbes. S.73ff.
 - 4) Gesetz im materiellen Sinne: ein genereller und abstrakter Rechtssatz, der sich seinerseits als verfassungsmässig erweist.
 - 5) Imboden/Rhinow, Nr. 59 Bem. Ib, S.353f; Jezler, S.4f, 7ff.
 - 6) Jezler, S.54; gilt auch für die Leistungsverwaltung, vgl. neuestens BGE 103 Ia 380f.
 - 7) Jezler, S.116ff; vgl. z.B. Art. 102 Ziff.9 und 10 BV.

die polizeiliche Generalklausel, da ja die positivrechtliche Verankerung der allgemeinen Polizeiermächtigung das Gesetzmässigkeitsprinzip nur formell wahr(1). Sie ist entweder ausdrücklich in Verfassungs- und Gesetzesbestimmungen(2) festgelegt oder gilt als ungeschriebener Verfassungsgrundsatz(3).

Unter der polizeilichen Generalklausel ist die Ermächtigung an die Exekutive zu verstehen, ohne spezielle gesetzliche Grundlage die unerlässlichen Massnahmen zu treffen, um die unmittelbar und direkt bedrohte öffentliche Ordnung aufrechtzuhalten oder, wenn sie gestört ist, wiederherzustellen(4).

§ 3 Die Bindung an die Grundrechte

I. Bindung der staatlichen Gewalt

Als Bestandteile der Verfassung stellen die Grundrechte verbindliche Normen für die staatliche Gewalt, d.h. für Gesetzgebung, Rechtsprechung und vollziehende Gewalt dar(5). Gebunden an dieses unmittelbar geltende Recht sind alle Organe, die Träger staatlicher Gewalt sind(6), somit auch diejenigen privaten Personen, denen hoheitliche Funktionen vom Staat übertragen worden sind(7).

1) Fleiner/Giacometti, S.247 Anm.37.

2) vgl. z.B. Art. 102 Ziff. 9 und 10 BV, Art. 85 Ziff. 7 BV.

3) Aubert, Nr. 1772, S.638.

4) Jost, S.119ff, daselbst Anm. 699 mit Verweisen.

5) Hesse, S.145.

6) Fleiner/Giacometti, S.242; v. Münch. Rdnr. 32 zu Art. 1 Abs.3 GG.

7) v. Münch, Rdnr. 37 zu Art. 1 Abs. 3 GG.

II. Bindung Dritter ("Drittwirkung")

Grundrechte tragen Abwehrcharakter: Sie sollen dem Individuum Raum zu freier Entfaltung garantieren. Das setzt voraus, dass der Grundrechtsträger in die Lage versetzt wird, Beeinträchtigungen dieses freien Raumes abwehren zu können, die aus verschiedenen Richtungen kommen. In der heutigen Zeit geht die Bedrohung nicht mehr vom Staat allein, sondern auch von Privaten aus.

Bei der sog. Drittwirkung stellt sich die Frage, ob die Grundrechte ihre Wirkungskraft auch unter Privaten selbst entfalten, m.a.W.: ob sie auch für die Verhältnisse der Privatrechtssubjekte untereinander gelten(1).

In der sich noch in Gang befindenden Diskussion zeigen sich drei Lehrmeinungen:

1. Die Lehre von der unmittelbaren Drittwirkung(2) besagt, dass gewisse Grundrechte den Privatrechtsverkehr unmittelbar binden(3), in ihrer Eigenschaft als objektives Verfassungsrecht eine absolute Wirkung für alle Rechtsgebiete entfalten, so dass sich eine normative Regelung der gesamten Rechtsordnung als Einheit ergibt, aus der auch unmittelbar subjektive Rechte des einzelnen fließen(4).
2. Die Anhänger der mittelbaren Drittwirkung der Grundrechte hingegen wollen einen Einfluss der verfassungsmässigen Rechte nur soweit zulassen, als die Generalklauseln(5),

1) Müller G., S.233ff.

2) insbes. Nipperdey, S.17ff; Leisner, Grundrechte, S.1ff.

3) Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.169.

4) Nipperdey, S.24.

5) Hesse, S.150; Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.170.

Lücken und unbestimmte Rechtsbegriffe allgemein(1) im Sinne der Verfassung konkretisiert werden sollen(2).

3. Eine dritte Lehrmeinung lehnt jegliche Drittwirkung vollständig ab(3), da die Grundrechte nur auf das Verhältnis Staat-Bürger zugeschnitten und als blosser Abwehrrechte aufzufassen seien. Durch die Ausdehnung des Grundrechtsschutzes auf die privaten Beziehungen würde die Privatautonomie untergraben(4).

Würde eine unmittelbare Drittwirkung der Grundrechte angenommen, so würde dies zu einer beträchtlichen Einschränkung der Privatautonomie, zu einer nicht unerheblichen Einengung selbstverantwortlicher Freiheit führen und damit Eigenart und Bedeutung des Privatrechts prinzipiell verändern.

Anders ist es bei der mittelbaren Drittwirkung. Sie folgt aus der Umorientierung, dem Neuverständnis, der konstitutiv-institutionellen Funktion der Grundrechte, die Ordnungssätze und Grundsatznormen, also objektive Normen für die gesamte Rechtsordnung sind. Sie müssen dort bedeutsam werden, wo unbestimmte Rechtsbegriffe und Generalklauseln im Einzelfall konkretisiert werden müssen.

1) Hesse, S.150; Saladin, Grundrechte, S.319.

2) In der Schweiz wird ganz überwiegend die mittelbare Drittwirkung gewisser Grundrechte bejaht; vgl. statt vieler Müller J.P., Persönlichkeitsschutz, S.160ff; Saladin, Grundrechte, S.307ff.

3) Aubert, Nr. 1742ff, S.626ff; Wespi, S.42ff.

4) Müller G., S.237.

2. Kapitel: Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie im einzelnen

§ 4 Die Wirtschaftsfreiheit

Vorbemerkung:

Der Ausdruck Wirtschaftsfreiheit entspricht in der Folge dem Ausdruck "Handels- und Gewerbefreiheit" der BV. Er gibt sachgerecht wieder, dass er sich auf die umfassende Freiheit der wirtschaftlichen Betätigung bezieht und nicht nur auf Handel und Gewerbe(1).

I. Der Begriff

Die in Art. 31 Abs. 1 BV verankerte Wirtschaftsfreiheit gewährleistet das Recht des Schweizer Bürgers gegenüber dem Staat auf uneingeschränkte privatwirtschaftliche Tätigkeit(2).

Gegenstand der Wirtschaftsfreiheit ist jede auf Erwerb gerichtete privatwirtschaftliche Tätigkeit(3), gleichgültig, ob es sich dabei um eine selbständige(4), unselbständige(5), nebenberufliche(6) oder bloss gelegentliche Erwerbstätigkeit handelt(7).

Träger der Wirtschaftsfreiheit sind ausschliesslich Schweizer

-
- 1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.2.
 - 2) Giacometti, HGF, S.176; Huber, Auslegung, S.6; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.40f; Nef, HGF I, S.1ff.
 - 3) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.40ff.
 - 4) ursprünglich bezog sich die Wirtschaftsfreiheit nur auf Selbständigerwerbende, vgl. BGE 64 I 25; 63 I 229.
 - 5) BGE 84 I 20.
 - 6) BGE 58 I 151ff.
 - 7) ausführlich Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.48ff.

Bürger(1). Zwar besagt der Text von Art. 31 Abs. 1 BV nichts über die Berechtigten, doch ist ständige Praxis geblieben, dass nur Schweizer Bürger den Schutz dieses verfassungsmässigen Rechts in Anspruch nehmen können(2). Ausländern ist die Wirtschaftsfreiheit lediglich nach Massgabe eines allfälligen Staatsvertrages zwischen der Schweiz und dem betreffenden Lande gewährleistet(3).

II. Inhalt und Bedeutung

Ueber den Inhalt des Grundsatzes der Wirtschaftsfreiheit bestehen eine reichhaltige Literatur und Judikatur, so dass an dieser Stelle nur deren Ergebnisse kurz wiederzugeben sind(4).

1. Die Wirtschaftsfreiheit als Grundrecht

Die Wirtschaftsfreiheit von Art. 31 Abs. 1 BV erscheint im Sinne der traditionellen Verfassungslehre als ein echtes individuelles Freiheitsrecht, das den Bürger in seiner wirtschaftlichen Betätigung vor staatlichen Eingriffen schützt. Sie regelt das Verhältnis von Staat und Bürger, nicht das der Bürger untereinander. Adressat ist wie bei allen andern Freiheitsrechten der Staat, der sich grundsätzlich jeglicher Eingriffe in die wirtschaftliche Freiheit zu enthalten hat.

Im einzelnen gewährt die Wirtschaftsfreiheit die autonome

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.28ff.

2) vgl. BGE 48 I 285, 47 I 50.

3) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.30ff; ausführlich dazu Max Marti, Die Handels- und Gewerbefreiheit der Ausländer in der Schweiz, Bern 1963.

4) vgl. namentlich Aubert, Nr. 1850ff, S.644ff; Fleiner/Giacometti, S.281ff; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.51ff; Nef, HGF I, S.2ff.

und initiative Selbstentfaltung des Individuums im wirtschaftlichen Bereich. Sie gibt dem Bürger namentlich den Anspruch sowohl auf freie Zulassung zu jedem Beruf als auch auf freie Ausübung eines solchen(1). Nicht nur in Wahl und Ausübung ist der Bürger frei, sondern auch in der Entscheidung darüber, ob er überhaupt einer Erwerbstätigkeit nachgehen will(2).

2. Die wirtschaftsverfassungsrechtliche Bedeutung

Die Bedeutung der Wirtschaftsfreiheit im Rahmen der Wirtschaftsverfassung ist sehr umstritten(3). Es geht dabei um die Frage, inwiefern mit Art. 31 BV ein bestimmtes Wirtschaftssystem durch die Verfassung garantiert sei oder nicht. Grundsätzlich lassen sich in der Lehre zwei Standpunkte unterscheiden: Wirtschaftsfreiheit lediglich als Kompetenzabgrenzung zwischen Staat und Privaten und Wirtschaftsfreiheit als Institutsgarantie(4).

2.1 Ordnungspolitische Betrachtungsweise

In der Literatur wird oft die Auffassung vertreten, die Wirtschaftsfreiheit gewährleiste das System der freien Konkurrenz(5). Die gleiche Aussage findet sich auch in den Entscheidungen des Bundesgerichts(6).

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.52ff.

2) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.51.

3) vgl. dazu v.a. Christen, S.245ff; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.265ff, insbes. S.360ff; ders., Wirtschaftspolitik, S.73ff; Saladin, Grundrechte, S.216ff; Schmid, S.235ff.

4) Christen, S.248f; vgl. auch Schluep, S.335ff.

5) zur älteren Literatur vgl. His, S.241ff; insbes. die Hinweise bei Homburger, S.12 Anm. 54; in der neueren Literatur vertreten diese Auffassung v.a. Fleiner/Giacometti, S.283ff; Giacometti, HGF, S.176; Huber, Interventionismus, S.175f.

6) vgl. z.B. BGE 45 I 357; 52 I 298; 59 I 61; 66 I 23; 80 I 121ff; zur Entwicklung der Rechtsprechung vgl. Saladin, Grundrechte, S.217ff.

Für Giacometti(1) ist begrifflich nur die Konkurrenzfreiheit möglich. Da sich nur zwei grundsätzlich verschiedene Idealtypen von Wirtschaftssystemen unterscheiden liessen, nämlich das System der freien Privatwirtschaft und dasjenige der gebundenen Staatswirtschaft, könne wirtschaftliche Freiheit nur in der freien Privatwirtschaft, im System des freien Wettbewerbs bestehen(2). Für Huber(3) hat die Wirtschaftsfreiheit gerade den freien Wettbewerb zum Gegenstand. Dies sei namentlich "Folge der grundlegenden Unterscheidung zwischen den grundsätzlich zulässigen wirtschaftspolizeilichen (gewerbepolizeilichen) und den grundsätzlich unzulässigen wirtschaftspolitischen(gewerbepolitischen) Vorschriften und Massnahmen"(4).

2.2 Individualrechtliche Betrachtungsweise

Entgegen der vorgenannten Meinung halten andere Autoren(5) dafür, Art. 31 BV garantiere kein bestimmtes Wirtschaftssystem, sondern die privatautonome Wirtschaftsgestaltung(6).

Nach dieser Ansicht garantiert die BV nicht den Wettbewerb, sondern konstituiert nur einen staatsfreien Wirtschaftsraum. Innerhalb dessen können die Erwerbstätigen sich konkurrieren, haben daneben aber auch die Möglichkeit, aufgrund der mitgarantierten Vertragsfreiheit(7) ihre wirtschaftliche Tätigkeit vertraglich zu koordinieren und damit im Bereich dieser vertraglichen Vereinbarung den Wettbewerb auszuschalten(8).

1) Fleiner/Giacometti, S.283ff; Giacometti, HGF, S.176.

2) Fleiner/Giacometti, S.283.

3) Huber, Interventionismus, S.175.

4) Huber, Grundrechte, S.233.

5) so etwa Christen S.251ff; Frey, S.87ff; Homburger, S.105f; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.22; Nef, HGF I, S.4f.

6) Christen, S.259.

7) Christen, S.248; Homburger, S.99; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.63ff.

8) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.22.

2.3 Stellungnahme

Ausgangspunkt bildet ein gewandeltes Verfassungs- und Grundrechtsverständnis(1). Es ist nicht Aufgabe der Verfassung, auf jede Frage, auf jede aktuelle Situation eine detaillierte Antwort zu geben. Die Verfassung fasst vielmehr Grundsätze, Wertentscheidungen, Richtlinien zusammen, die aus einem politischen Entscheid des Verfassungsgebers hervorgehen. Diese grundlegenden Normen sind weitgehend losgelöst vom zeitgebundenen, aktualitätsbezogenen Willen des Verfassungsgebers. Sie bedürfen immer nur der Konkretisierung durch die zur Verfassungsanwendung berufenen Behörden und Gewalten.

Solche grundlegenden Normen sind gerade die Grundrechte, und zwar nicht bloss in ihrer negatorisch-defensiven Ausrichtung. In ihnen ist die positive rechtliche Verpflichtung des Staates eingeschlossen, diejenigen Bedingungen zu erhalten, zu fördern und sogar zu schaffen, unter denen in der heutigen sozialen und technischen Umwelt personale Freiheit überhaupt noch möglich ist.

Für die Wirtschaftsfreiheit heisst das: Art. 31 BV garantiert nicht ein bestimmtes wirtschaftliches System, beispielsweise das System der freien Konkurrenz oder das System des vollkommenen Wettbewerbs. Garantiert wird eine freiheitliche Wirtschaftsordnung(2), die einerseits die Freiheit des einzelnen zu privatwirtschaftlicher Erwerbstätigkeit enthält und andererseits dem Staat auferlegt, sich in Erfüllung seiner Staatsaufgaben, die insgesamt auf den Staatszweck (Art.2 BV)(3) ausgerichtet

1) vgl. vorne § 1 II und III, S.2ff.

2) vgl. Christen, S.252ff; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.356ff; ähnlich Schluep, S.373ff, der von einer auf Privateigentum und funktionfähigem Wettbewerb beruhenden Marktwirtschaft spricht.

3) vgl. auch Art. 31^{bis} Abs.1 BV, der die bereits in Art. 2 BV niedergelegte Wertentscheidung für die soziale Wohlfahrt für das Gebiet der Wirtschaft wiederholt und präzisiert.

sein sollen, diese Grundentscheidungen zur Richtschnur zu machen. Dabei ist nicht zu übersehen, dass der juristische Gehalt von Art.2 und Art.31^{bis} Abs.1 BV nicht danach beurteilt werden kann, wie weit sie selber kompetenzbegründend sind. Nach diesem Massstab wären sie praktisch bedeutungslos. Ihre Funktion liegt darin, die Förderung der Wohlfahrt der Bürger als Staatszweck zu proklamieren, also als Gemeinschaftsaufgabe, durch die sich der Staat aktualisiert und legitimiert.

III. Schranken der Wirtschaftsfreiheit

1. Arten der Schranken

1.1 Die allgemeinen Schranken der Rechtsordnung

Die Wirtschaftsfreiheit steht unter dem Vorbehalt der allgemeinen Rechtsordnung. Der Begriff umfasst diejenigen Rechtsnormen, welche sich an alle Rechtsgenossen richten und die demnach keine private Erwerbstätigkeit voraussetzen. Trotzdem können sie empfindliche Einschränkungen des wirtschaftlichen Selbstbestimmungsrechts zur Folge haben. Die allgemeinen Schranken der Rechtsordnung gehen der Wirtschaftsfreiheit selbst dann vor, wenn sie diese erheblich erschweren oder gar verunmöglichen(1). Der Gebrauch der Wirtschaftsfreiheit darf aber nur soweit eingeschränkt werden, als der Schutz anderer Verfassungsrechtsgüter eine Einschränkung unbedingt erforderlich macht (Verhältnismässigkeit), m. a. W. als nach freiheitlicher Auffassung das "öffentliche Interesse" jeweils gebietet.

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.69, 134f.

1.2 Fiskalische Massnahmen(1)

Auf Grund von Art. 31 Abs. 2 BV sind die Kantone zur Besteuerung von Handel und Gewerbe befugt, wobei sie sich aber an den Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit zu halten haben. Mit dieser Bestimmung lässt die Verfassung eine besondere Belastung der privaten Erwerbstätigkeit ausdrücklich zu(2), nur darf sie nicht prohibitiv wirken(3).

1.3 Staatliche Monopole

Die staatlichen Monopole schliessen in dem von ihnen beherrschten Bereich die freie Erwerbstätigkeit aus. Träger solcher Monopole können der Bund und die Kantone sein.

Der Bund besitzt nur die in der Verfassung vorgesehenen Monopole. Er kann jedoch durch Verfassungsrevision weitere schaffen(4).

Auf Grund von Art. 31 Abs. 2 BV sind kantonale Monopole vorbehalten. Trotz dieses generellen Vorbehalts sind die Kantone bei der Schaffung von Monopolen nicht frei. Sie dürfen sie nicht zur Beseitigung der Wirtschaftsfreiheit missbrauchen(5).

1.4 Wirtschaftspolizeiliche(6) Massnahmen

Durch die Art. 31 Abs.2 und Art. 31^{bis} Abs.2 BV erhalten die

-
- 1) zum ganzen Fragenkomplex vgl. Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.173ff und die dort zu § 53 zitierte Literatur.
 - 2) vgl.z.B. als Sondergewerbesteuern des Bundes: Art.41^{bis} Abs.1 lit.c BV und Art.41^{ter} Abs.4 lit.b BV.
 - 3) Aubert, Nr. 1948, S.694; BGE 87 I 29; 79 I 209.
 - 4) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.169.
 - 5) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.170ff.
 - 6) "Wirtschaftspolizeirecht" entspricht dem bisherigen Ausdruck "Gewerbepolizeirecht", vgl. Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.85.

Kantone und der Bund die generelle Ermächtigung, Vorschriften über die Ausübung von Handel und Gewerbe zu erlassen.

Als Teil des Polizeirechts umfasst das Wirtschaftspolizeirecht diejenigen Normen polizeilicher Art, welche eine Erwerbstätigkeit voraussetzen(1). Hauptmerkmal des Polizeirechts ist die Gefahrenabwehr(2). Das Wirtschaftspolizeirecht im besonderen richtet sich gegen Störungen der öffentlichen Ordnung als Folge der Wirtschaftsfreiheit(3). Wirtschaftspolizeilichen Charakter haben jene Massnahmen, "welche den Schutz der öffentlichen Ordnung vor Störungen durch eine schrankenlose Freiheit der gewerblichen Betätigung bezwecken, den mit einer bestimmten Art der Gewerbeausübung verbundenen Gefahren für die öffentliche Sicherheit, Ruhe, Sittlichkeit, Gesundheit entgegenzutreten oder die Verletzung von Treu und Glauben im geschäftlichen Wandel durch unlautere, auf Täuschung berechnete Geschäftspraktiken bekämpfen wollen"(4). Die polizeiliche Aufgabe erschöpft sich jedoch nicht in der Gefahrenabwehr, d.h. in der Aufgabe, Schaden von den unter dem Begriff "Polizeigüter" zusammengefassten Schutzgütern abzuwenden. Im Falle der Störung hat sich die Gefahr verwirklicht, ist das polizeiliche Schutzgut verletzt. An die Stelle der Gefahrenabwehr tritt die Beseitigung der Störung, "die Prävention der Gefahr (wird) durch die Repression der Störung ergänzt"(5).

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.85.

2) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.31ff, 106ff; Jost, S.15 mit weiteren Literaturhinweisen daselbst Anm.2.

3) Schutzobjekte sind die sog.Polizeigüter, vgl.Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.86ff.

4) BGE 59 I 111; vgl. auch BGE 91 I 104; 90 I 323; 86 I 274.

5) Drews/Wacke/Vogel/Martens, S.106.

1.5 Sozialpolitische Massnahmen

Seit dem Fall Griessen(1) hat das Bundesgericht soziale und sozialpolitische Vorschriften und Massnahmen unter den Vorbehalt des Art. 31 Abs. 2 fallen lassen.

Unter sozialpolitischen Massnahmen versteht das Bundesgericht solche, "qui dépassent un but de police"(2), "qui sont destinées à procurer ou à augmenter le bien-être"(3). Sie wollen also das Wohlergehen verwirklichen, und zwar das Wohlergehen aller oder eines grossen Teils der Bürger ("à l'ensemble ou à une grande partie des citoyens") (4) (5).

Freilich müssen auch die einen sozialpolitischen Einschlag aufweisenden kantonalen Regelungen der Erwerbstätigkeit im öffentlichen Interesse liegen, verhältnismässig und rechtsgleich angelegt sein(6) und lenkende Wettbewerbskorrekturen meiden(7).

1.6 Wirtschaftspolitische Massnahmen

Unter Wirtschaftspolitik wird üblicherweise die zielgerichtete, staatliche Beeinflussung des Ablaufs des Wirtschaftsgeschehens in einer an sich privatwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung verstanden(8).

1) BGE 97 I 499ff; bestätigt in 98 Ia 400; 99 Ia 373, 616.

2) BGE 97 I 506.

3) BGE 99 Ia 373.

4) BGE 100 Ia 449.

5) zur Kritik dieser Praxis vgl. Gysi, S.81ff, insbes. S.122ff.

6) BGE 99 Ia 373f, 619.

7) BGE 99 Ia 619.

8) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.138ff.

Mit dem Begriff "Wirtschaftspolitik" verbindet sich im Rechtsdenken sogleich der Gedanke der systemverfälschenden Abweichung von der Wirtschaftsfreiheit. Alles, was sich nicht als polizeilicher und damit unbedenklicher Art erweist, ist zwangsläufig wirtschaftspolitischer Natur und somit mit der Wirtschaftsfreiheit unverträglich(1). Nur blossе Förderungs-massnahmen gemäss Art. 31^{bis} Abs.2 BV gelten nicht als Abweichungen. Sie werden als ordnungspolitisch harmlos angesehen, obschon Förderung auch einen beträchtlichen Teil Wirtschaftspolitik darstellt(2).

Für wirtschaftspolitische Massnahmen, die vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abweichen, brauchen Bund oder Kantone besondere Kompetenzbestimmungen der BV(3). Diese bestimmen nicht nur ob, sondern auch inwiefern vom Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit abgewichen werden darf(4)

2. Abgrenzungsprobleme

Der Unterscheidung zwischen wirtschaftspolizeilichen und wirtschaftspolitischen Massnahmen wird für die Anwendung von Art. 31 BV fundamentale Bedeutung zugeschrieben. Mit dem Begriffspaar Polizei / Politik sollen nämlich die zulässigen, systemkonformen staatlichen Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit gegen die grundsätzlich unzulässigen, systemwidrigen Eingriffe begrifflich klar abgehoben werden. Die grundsätzlich gleiche Problematik ergibt sich auch zwischen systemkonformen sozialpolitischen und systemwidrigen wirtschaftspolitischen

-
- 1) Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.269ff; ders., Wirtschaftspolitik, S.75.
 - 2) Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.269; Huber, Ziele, S.19.
 - 3) vgl. Art. 31^{bis} Abs. 3 BV.
 - 4) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.139f.

Massnahmen.

Die Praktikabilität der Unterscheidung Wirtschaftspolizei/Wirtschaftspolitik hängt von der Möglichkeit einer Definition des Polizeibegriffs ab. Beschränkt sich der Polizeibegriff auf "Gefahrenabwehr", so scheint ein taugliches Abgrenzungskriterium zur positiven Gestaltung gefunden zu sein. Gerade diese Abgrenzung wird aber in verschiedenen neueren Untersuchungen als fliessend(1) oder sogar als undurchführbar(2) bezeichnet. Weder Zweck, noch Mittel, Wirkung, Intensität, Rechtsform, Markt- oder Systemkonformität seien tauglich(3). Darüber hinaus wird die Unterscheidung auch als überflüssig betrachtet(4).

Das Scheitern der Unterscheidung hängt im wesentlichen mit den Aenderungen der Staatsaufgaben und der schon längst unhaltbaren Theorie des wirtschaftspolitischen Laissez-faire zusammen. Im gleichen Ausmasse wie diese extrem liberalen Vorstellungen sich wandelten, wurde die rein negative Gefahrenabwehr überspielt durch positive Gestaltung des Wirtschafts- und Soziallebens, d.h. einzelne Bereiche des wirtschaftlichen und gesellschaftlichen Lebens wurden zusammenhängend Gegenstand der staatlichen "Politik".

Zu beachten ist auch, dass die BV nur zwei Kategorien von Regelungen kennt, welche die Erwerbstätigkeit verpflichtend ordnen, nämlich solche, die von der Wirtschaftsfreiheit ab-

-
- 1) Christen, S.271; vgl.auch BGE 96 I 128 (keine scharfe Grenze zwischen Polizei und Wohlfahrt).
 - 2) Jost, S.107, mit weiteren Verweisen daselbst Anm. 618.
 - 3) Christen, S.266ff; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.380; Jost, S.101ff; Schmid, S.298ff.
 - 4) Gygi, Wirtschaftspolitik, S.73ff; Jost, S.112ff; Schmid, S.312ff.

weichen und solche, die mit ihr in Einklang stehen(1). Diese Gliederung braucht aber überhaupt nicht mit der bisherigen dogmatischen Einteilung nach wirtschaftspolizeilichen und wirtschaftspolitischen Massnahmen übereinzustimmen.

Das Begriffspaar Polizei/Politik vermag den Konflikt zwischen Freiheitsrecht und öffentlichen Interessen, um die es letztlich geht, nicht zu lösen, d.h. es kann die Grenzen der Geltung dieses Grundrechts nicht ein für allemal festlegen. Das Verhältnis der Wirtschaftsfreiheit zu ihren Beschränkungen, ob zulässig oder unzulässig, stellt sich bei jeder Gemeinschaftsaufgabe wieder anders. Ausschlaggebend sind dann sachspezifische Eigentümlichkeiten dieser Aufgaben und deren Bewertung im Gesamtrahmen der BV. Auch ausserhalb des Polizeirechts gelten zudem für staatliches Handeln die rechtsstaatlichen Prinzipien: Voraussetzung des öffentlichen Interesses und die Grundsätze der Gesetzmässigkeit, Rechtsgleichheit, Erforderlichkeit und Sachgerechtigkeit(2).

§ 5 Die Eigentumsgarantie

I. Der Begriff

Die verfassungsmässig gewährleistete Eigentumsgarantie (Art. 22^{ter} BV) bildet die Grundlage für die Staatstätigkeit auf dem Gebiete der Sachherrschaft. Der verfassungsrechtliche Schutz bezieht sich sowohl auf das Privateigentum als in seinem Wesensgehalt unantastbares Institut der schweizerischen

1) Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.324, 380.

2) Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.332; Schaumann, Auftrag, S.53f.

Rechtsordnung (Institutsgarantie) wie auch auf die Eigentumsrechte in ihrer konkreten individuellen Ausgestaltung (Bestandesgarantie) (1).

1. Institutsgarantie

Die Institutsgarantie verlangt, dass die Rechtsordnung eine Eigentumsordnung schafft, die qualitativ und quantitativ dem Privaten sein Eigentum sichert, das für eine freiheitliche Ordnung erforderlich ist(2). Der Gesetzgeber hat die Güterverfassung nach dem Prinzip der privatautonomen Verfügbarkeit zu ordnen, nur darf er den "Wesensgehalt" des Grundrechts nicht beeinträchtigen(3). Konkret bedeutet die Institutsgarantie eine Schranke sowohl gegen eine zu umfangreiche Uebertragung von Eigentumsrechten auf den Staat als auch gegen eine zu intensive generelle Einschränkung der Eigentümer in ihrer Verfügungs- und Nutzungsmacht(4).

2. Bestandesgarantie

Die Bestandesgarantie, auch Vermögenswertgarantie genannt, schützt die konkreten, einem bestimmten Rechtssubjekt zustehenden privaten Vermögensrechte(5) gegen unrechtmässige Entziehung oder Beeinträchtigung durch den Staat. Die Eigentumsgarantie als Bestandesgarantie gewährleistet somit eine "staatsfreie Sphäre der Sach- und Vermögensherrschaft des Bürgers in seinem Verhältnis zum Staat"(6). Dies bedeutet, dass der Bürger

1) Meier-Hayoz, N 212; Weber R., S.161ff.

2) Schaumann, Landesplanung, S.198.

3) Aubert, Nr. 2170ff, S.757ff; Huber, Gewährleistung, S.57; Schaumann, Enteignung, S.147.

4) Meier-Hayoz, N 213b ff; Saladin, Grundrechte, S.122ff; Weber R., S.172.

5) Meier-Hayoz, N 215a ff.

6) Lendi, S.126.

innerhalb dieser Sphäre eine Sachherrschaft ausüben kann, die für seine Persönlichkeitsentfaltung unentbehrlich ist. In diesem Sinne ist die Eigentumsgarantie ein echtes Freiheitsrecht(1).

II. Gegenstand der Gewährleistung

Neben dem Eigentum im Sinne des Sachenrechts schützt die Eigentumsgarantie alle "wohlerworbenen Privatrechte" oder alle "vermögenswerten Privatrechte"(2), d.h. alle Berechtigungen aus dem Nachbarrecht, aus dinglichen und obligatorischen Rechtsverhältnissen sowie Immaterialgüterrechte, soweit diese einen Vermögenswert haben. Auch im öffentlichen Recht begründete Berechtigungen werden als Schutzobjekte anerkannt(3).

Von der Eigentumsgewährleistung nicht gedeckt sind faktische Interessen oder blosse Gewinnchancen(4), ebenso Vermögensvorteile des einzelnen aus Polizeibewilligungen(5) sowie das "Eigentum am eingerichteten Gewerbebetrieb".

III. Schranken der Eigentumsgarantie

Was für die andern Grundrechte gilt, muss auch für die Eigentumsfreiheit Geltung haben, d.h. die unter der Eigentumsgarantie stehenden Rechte sind nicht absolut geschützt. Art. 22^{ter} Abs. 2 und 3 BV zählt auf, unter welchen Voraussetzungen, die

1) Lendi, S.124ff.

2) vgl. BGE 93 I 709ff; 91 I 409ff u.a.m.

3) Imboden/Rhinow, Nr. 122 Bem. III ff, S.861ff; Saladin, Grundrechte, S.126ff und dort zitierte Entscheide.

4) Saladin, Grundrechte, S.135ff.

5) Imboden/Rhinow, Nr. 122 Bem. X, S.864.

kumulativ erfüllt sein müssen, Bund und Kantone Eigentum beschränken dürfen. Es sind dies: gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse, Verhältnismässigkeit des Eingriffs(1), volle Entschädigung bei Enteignung und Eigentumsbeschränkungen, die einer Enteignung gleichkommen.

1. Allgemeine Beschränkungen

1.1 Allgemeine polizeiliche Beschränkungen

Der einzelne geniesst den Schutz der Eigentumsgarantie, wie denjenigen anderer Freiheitsrechte, nur unter dem Vorbehalt der polizeilichen Beschränkungen(2). Durch die Ausübung der Eigentumsfreiheit dürfen weder die Möglichkeiten der Wahrnehmung derselben Freiheit durch die andern Berechtigten verletzt noch die unmittelbaren staatlichen Interessen beeinträchtigt werden. Es dürfen m. a. W. keine polizeilichen Güter im Sinne der öffentlichen Ordnung, Ruhe und Sicherheit verletzt werden(3). Allerdings muss es sich um echte polizeiliche Normen handeln, die der Abwehr konkreter Gefahren dienen und sich gegen den Störer der geschützten Polizeigüter wenden(4). Zu diesen polizeilich motivierten Beschränkungen kommen jedoch noch weitere hinzu.

1.2 Weitere entschädigungslose Beschränkungen

Wird von der Eigentumsfreiheit ausgegangen, die eine staatsfreie Sphäre der Sachherrschaft garantiert, d.h. unabhängig vom Staat über das Eigentum zu verfügen und es zu nutzen, so sind

-
- 1) Dieses Erfordernis ist zwar in Art.22^{ter} BV nicht ausdrücklich erwähnt, gilt aber als verfassungsrechtlicher Grundsatz auch für Grundrechtseingriffe.
 - 2) Dieser Vorbehalt bedarf keiner ausdrücklichen verfassungsrechtlichen Regelung, da er sich von selbst versteht, vgl. Fleiner/Giacometti, S.246ff.
 - 3) Lendi, S.129.
 - 4) Saladin, Grundrechte, S.187f.

zwei verschiedenartige Beschränkungsmöglichkeiten denkbar. Einerseits kann es sich um solche handeln, die die Ausübung der bestehenden Eigentumsfreiheit an öffentlichrechtliche Normen binden, andererseits um solche, die die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit ganz oder teilweise aufheben(1).

Als entschädigungslose Beschränkungen sind jene anzusehen, die die Ausübung der Eigentumsfreiheit an öffentlichrechtliche Normen lediglich binden.

Was bedeutet diese "Bindung"? Wie schon bemerkt, ist das Eigentum nicht absolut gewährleistet: Das Eigentum bzw. die Eigentumsausübung ist durch die Verfassung, die auf ihr beruhenden Gesetzgebung und durch die Rechtsprechung des Bundesgerichts "eingeschränkt" worden, es ist sozialverpflichtet(2). Durch die öffentlichrechtlichen Normen bekommen die Nutzungs- und Verfügungsrechte des Eigentümers innerhalb der Seinsbedingungen der industriellen Massengesellschaft und des sozialen Rechtsstaates, denen jeder sich anbequemen muss, ihren Platz angewiesen. Die Eigentümerbefugnisse werden nicht negiert, sondern im Gegenteil dazu gebracht, dass sich Eigentum gemäss seinem Sachzweck unter dem Leitbild einer freiheitlichen und sozial befriedeten Gesellschaft optimal entfalten kann(3). Das Recht, aufgefasst als verbindliche Ordnung sozialer Beziehungen, verleiht der individuellen Freiheit jene Gestalt, die sie in einer bewussten Ordnung des menschlichen Zusammenlebens annehmen sollte(4).

-
- 1) Lendi, S.131ff, der zwischen Eigentumbindungen und Eigentumsbeeinträchtigungen unterscheidet.
 - 2) vgl. auch Bulletin NR, 1968, S.9: "Artikel 22^{ter} gewährleistet das Eigentum im Rahmen seiner sozialen Verpflichtung".
 - 3) Weber W., Eigentum, S.327.
 - 4) Gygi, Eigentumsfreiheit, S.280ff.

Hinsichtlich des sachlichen Bereichs können solche "Eigentumsbindungen" aus allen verfassungsmässigen Befugnissen des Bundes und der Kantone hervorgehen. Es kann sich somit um Normen der Bau- und Forstpolizei, des Gewässer- und Umweltschutzes, der Raumplanung usw. handeln, sofern sie aufgrund einer verfassungsmässigen Befugnis erlassen werden(1).

2. Beschränkungen im Sinne von Art.22^{ter} Abs.3 BV

Art. 22^{ter} Abs.3 BV entspricht der Ordnung, wie sie durch Lehre und Rechtsprechung entwickelt worden ist(2). Sie beruht auf einer Zweiteilung der Eigentumsbeschränkungen in solche, die entschädigungslos hinzunehmen sind, und in jene, die sich formell oder materiell als Enteignungen kennzeichnen und bei denen Anspruch auf vollen Ausgleich der erlittenen Vermögenseinbusse besteht(3).

2.1 Materielle Enteignung

Die Frage der Abgrenzung zwischen enteignungsähnlichen Eingriffen und entschädigungslos zulässigen Eigentumsbeschränkungen beschäftigt die Lehre seit Jahrzehnten. Dabei wurden die verschiedensten Theorien vertreten(4). Auch die Rechtsprechung des Bundesgerichts wurde davon stark beeinflusst, und so hat es von Zeit zu Zeit seine Praxis bereinigt(5).

1) Lendi, S.134.

2) vgl. BGE 96 I 128f, 358f und die dort angeführte Literatur.

3) Aubert/Jagmetti, S.180f.

4) Blocher, S.123ff; Saladin, Grundrechte, S.179ff.

5) zur Entwicklung dieser Rechtsprechung vgl. Blocher, S.128ff; Saladin, Grundrechte, S.167ff; Zimmerli, Enteignung, S.137ff.

Im Urteil in Sachen Barret (BGE 91 I 329ff) erfolgte eine Neuorientierung, die in späteren Entscheiden bestätigt wurde. Danach liegt eine materielle Enteignung vor, "wenn der bisherige oder ein voraussichtlich künftiger Gebrauch der Sache verboten oder in besonders schwerer Weise eingeschränkt wird oder wenn ein weniger schwerer Eingriff lediglich einen oder wenige Eigentümer trifft, so dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit nicht zumutbar erscheint"(1).

Obwohl diese Umschreibung der materiellen Enteignung einige Verfeinerungen brachte, ist sie nicht ideal(2). Einerseits verwendet sie eine ganze Reihe von sog. unbestimmten Rechtsbegriffen, was jedoch nicht unbedingt nachteilig sein muss, kann doch so dem Einzelfall und den sich wandelnden Verhältnissen gebührend Rechnung getragen werden(3). Andererseits ist die auf das Mass der Nutzungsbeschränkung abgestützte Definition nicht umfassend, weil sie Veräusserungs- und Belastungsbeschränkungen unberücksichtigt lässt.

Klar zu sein scheint, dass Beschränkungen, welche die in der Eigentumsfreiheit liegende Verfügungs- und Nutzungsfreiheit ganz aufheben, eine Entschädigung nach sich ziehen. Nicht gelöst ist aber die Frage, wann ein Eingriff so intensiv ist, dass er ein "Sonderopfer" auslöst, d.h. wenn die in Frage stehenden Beschränkungen die Nutzungs- und Verfügungsbefugnis nur teilweise aufheben. Auch hier wendet die Praxis verschiedene Kriterien an, ohne aber generelle Leitsätze aufzustellen(4).

1) BGE 93 I 342.

2) Gygi, Expropriation, S.98ff; Meyer, S.203; Saladin, Grundrechte, S.184ff.

3) Zimmerli, Enteignung, S.143f.

4) Meier-Hayoz, N 242a ff; Saladin, Grundrechte, S.186f.

Hier sei nur soviel bemerkt, dass die Intensität nicht abstrakt ermittelt werden kann, sondern dass sie stets durch Vergleich der dem Betroffenen mit oder ohne Berücksichtigung des Eingriffs zustehenden Verfügungs- und Nutzungsmöglichkeiten beurteilt werden muss(1). Nicht die Natur einer bestimmten Eigentumsbeschränkung kann also massgebend sein, sondern allein die Auswirkung dieser Beschränkung auf das betreffende Recht(2).

2.2 Formelle Enteignung

Bei der formellen Enteignung handelt es sich um einen rechtmässigen, zielgerichteten und auf Uebereignung (Abtretung) ausgerichteten Eingriff in vermögenswerte Rechte(3).

Wesentliches Unterscheidungskriterium zwischen formeller und materieller Enteignung bildet dabei nicht der äussere Vorgang der Uebertragung von Rechten, sondern der Zweck des Eingriffs, der hier im Rechtserwerb besteht(4). Von einer näheren Darstellung des Enteignungsrechts kann hier abgesehen werden.

1) Friedrich, S.66.

2) Zimmerli, Enteignung, S.143.

3) In der Gesetzgebung ist der Begriff oft weiter gefasst, vgl. Imboden/Rhinow, Nr. 126, S.894ff; Meier-Hayoz, N 229a ff.

4) Imboden/Rhinow, Nr. 130 Bem. Ia, S.956.

§ 6 Abgrenzung der beiden Grundrechte

Aus den vorstehenden Ausführungen ist ersichtlich, dass Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie zwei verschiedene Grundrechte mit je verschiedenen Schutzbereichen sind.

Art. 31 BV schützt die Freiheit des Bürgers, jede privatwirtschaftliche Tätigkeit, für die er sich geeignet glaubt, als "Beruf" zu ergreifen, d.h. zur Grundlage seiner Lebensgestaltung zu machen und damit seinen Beitrag zur gesellschaftlichen Gesamtleistung selbst zu bestimmen. Das Grundrecht der Wirtschaftsfreiheit ist also in erster Linie persönlichkeitsbezogen. Es ermöglicht die freie Entfaltung der Persönlichkeit im Bereich der individuellen Leistung und Existenzhaltung.

Dem Art. 22^{ter} BV kommt im Gefüge der Grundrechte die Aufgabe zu, dem Träger dieses Grundrechts einen Freiheitsraum im vermögensrechtlichen Bereich sicherzustellen und ihm damit eine eigenverantwortliche Gestaltung des Lebens zu ermöglichen⁽¹⁾. Sinngebend im Vordergrund steht, dass die Eigentumsgarantie dem einzelnen vor allem die Sachherrschaft an Gegenständen des persönlichen Gebrauchs und Verbrauchs, den erworbenen Bestand an vermögenswerten Gütern anerkennt. Mit dieser mehr "objektbezogenen" Gewährleistungsfunktion schützt Art. 22^{ter} BV jedoch nur Rechtspositionen, die einem Rechtssubjekt bereits zustehen, insbesondere keine Chancen und Verdienstmöglichkeiten.

Aus dieser funktionalen Betrachtungsweise folgt - kurz zusammengefasst - die grundsätzliche Abgrenzung: Art. 31 BV be-

1) wobei das Grundrecht des einzelnen das Rechtsinstitut "Eigentum" voraussetzt.

zieht sich mehr auf den Erwerb, die Betätigung selbst, während Art. 22^{ter} BV mehr das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung schützt. Mithin steht bei der Eigentumsgarantie die Sachherrschaft und die aus ihr sich ergebende Dispositionsfreiheit im Mittelpunkt, bei der Wirtschaftsfreiheit der Einsatz der persönlichen Berufsbetätigung.

3. Kapitel: Das Verhältnis der beiden Grundrechte

1. Abschnitt: Das Verhältnis im allgemeinen

§ 7 Das Verhältnis in tatsächlicher Hinsicht

I. Gegenseitige Abhängigkeit

Eine freiheitliche Wirtschaftsordnung besteht nicht nur in der Garantie der Wirtschaftsfreiheit. Sie setzt sich vielmehr aus verschiedenen, sich wechselseitig bedingenden und ergänzenden Funktionselementen zusammen(1). Dazu gehören neben der Wirtschaftsfreiheit auch Wettbewerbs-, Vertrags- und Vereinigungsfreiheit sowie eine freiheitliche Ordnung des Privateigentums.

Art. 31 BV sichert als Grundrecht die wirtschaftliche und berufliche Handlungsfreiheit, während Art. 22^{ter} BV die wirtschaftliche Dispositionsfreiheit auf der Grundlage der Privatrechtsordnung und mithin die privatwirtschaftliche Grundlage der ganzen Wirtschaft gewährleistet. Diese privatwirtschaftliche Tätigkeit besteht weitgehend in der tatsächlichen Benutzung von Sachen oder in der rechtlichen Verfügung über solche. Sachgüter und andere Schutzobjekte der Eigentumsgarantie sind somit im Wirtschaftsleben gleichzeitig auch die Mittel, die zu einer bestimmten Erwerbstätigkeit gebraucht werden, oder die Ziele(= Produkte), die sie anstrebt. Mit a. W. kann die Befugnis des Eigentümers, tatsächlich und rechtlich über eine Sache zu verfügen und sie zu nutzen, dadurch verwirklicht

1) Gygi, Eigentumsgarantie, S.257; ähnlich Forsthoff, S.19.

werden, dass er auf diese Art eine Erwerbstätigkeit beginnt oder betreibt(1).

Grosse und volkswirtschaftlich besonders bedeutsame Kategorien üben Erwerbstätigkeiten aus, indem sie ihr Eigentum verwalten oder mit diesem produzieren: In der Land- und Forstwirtschaft wird weithin mit Gütern gewirtschaftet, welche im Eigentum der Erwerbstätigen stehen. Der Landwirt empfindet meist seine Tätigkeit auch als einen Beruf der Eigenbewirtschaftung. Der selbständige Gewerbetreibende, vom Einzelkaufmann bis zum Grossindustriellen, ist meist ganz oder doch in erheblichem Umfang Eigentümer der Produktionsmittel. Freiberuflich Tätige können in gewissem Umfange ähnliche Rechte geltend machen. Autoren und Erfinder nutzen häufig ihr sachenrechtlich verselbständigtes geistiges Eigentum, Grundstückseigentümer beschäftigen sich öfters mit der Verwaltung ihres Eigentums, und selbst der Eigentümer von Wertpapieren kann behaupten, dass seine eigene Vermögensverwaltung eine berufliche Tätigkeit sei. So lässt sich sagen, dass es keine Kategorie von Eigentum gibt, die nicht beruflich, d.h. erwerbswirtschaftlich verwaltet und genutzt werden könnte.

In seiner wirtschaftlichen Funktion ist das Eigentum somit Voraussetzung der arbeitsteiligen Marktwirtschaft, indem es nicht nur das Recht zur Nutzung der eigenen Sache enthält, sondern auch das Recht zur Veräusserung, d.h. des Austausches gegen Geld.

Das Eigentum im Sinne der Eigentumsgarantie setzt aber auch eine freiheitliche Wirtschaftsordnung voraus, d.h. insbesondere

1) Frey, S.195ff; Gygi, Eigentumsgarantie, S.257f; Huber, Gewerbefreiheit, S.166f; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.65f; Scheuner, Einführung, S.31ff.

die Möglichkeit, diese Güter auch wirtschaftlich zu gebrauchen. Eine vollständig staatlich gelenkte Wirtschaft würde das Eigentum so beeinträchtigen, dass von einer individuellen freien Verfügung nicht mehr gesprochen werden könnte(1). Der grundsätzlich eigenverantwortliche Einsatz von Sacheigentum und sonstiger Vermögensbefugnisse würde weitestgehend aufgehoben(2). Für alle Selbständigerwerbenden, für alle Unternehmer bildet das Eigentum an den Produktionsmitteln Grundlage ihrer Existenzsicherung, aber nur wenn ihnen Nutzung und Verfügung vorhandener vermögenwerter Rechte im Rahmen der Wirtschaftsordnung überhaupt möglich ist(3).

II. Konkurrenz der beiden Grundrechte

Aus dieser - nur in den einfachsten Strukturen aufgezeigten - Abhängigkeit ist leicht ersichtlich, dass staatliche Regeln über Nutzung und Verfügung des Eigentums nicht nur die Eigentumsgarantie berühren, sondern sich auch auf die Wirtschaftsfreiheit auswirken können, und dass Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit auch die Eigentumsgarantie betreffen können. Der Grundrechtsträger kann so durch eine staatliche Norm oder Massnahme in seiner doppelten Stellung als Eigentümer und Gewerbetreibender betroffen werden(4). Dies wäre dann unproblematisch, wenn beide Grundrechtsgarantien in gleicher Weise einschränkbar wären, liessen sie sich doch weitgehend gegenseitig austauschen, ohne dass der Rechtsschutz dadurch beeinträchtigt würde(5). Wirtschaftsfreiheit und Eigentums-

1) vgl. auch Leisner, Eigentümer, S.37.

2) Reinhardt/Scheuner, S.13ff; Weber W., Enteignung, S.358ff.

3) Binswanger, S.166ff; Frey, S.196f; Rübner, Unternehmen, S.689f.

4) Huber, Gewerbefreiheit, S.167; Leisner, Eigentümer, S.34ff.

5) Huber, Gewerbefreiheit, S.175ff; Rübner, Ueberschneidungen, S.49.

garantie unterliegen jedoch nicht den gleichen Beschränkungen(1). So stellt sich die Frage, ob und aufgrund welcher Norm der Grundrechtsträger staatliche Eingriffe dulden muss(2).

Aehnlich liegt der Fall, wenn aufgrund der gleichen staatlichen Regelung eine Person in ihrer Gewerbefreiheit, eine andere in ihrer Eigentumsfreiheit eingeschränkt wird. Hier stellt sich die Frage, aufgrund welcher Norm der jeweils Betroffene die Beschränkung dulden muss, oder anders ausgedrückt: Kann die eine Norm die andere einschränken, geht das eine verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgut dem andern vor?(3).

§ 8 Das rechtliche Verhältnis im allgemeinen

I. Werthhierarchie

Es liegt nahe, zunächst nach einer allgemeinen Rangordnung der Grundrechte zu fragen. Doch hilft dies nicht weiter, denn eine durchgehende Hierarchie innerhalb der Verfassungsnormen lässt sich nicht herstellen. Die Grundrechte sind nicht aus einer allgemeinen Freiheit abgeleitete Einzelrechte(4). Sie sind jeweils begrenzte selbständige Rechte, welche bestimmte Bereiche menschlichen Handelns schützen sollen. Die

1) vgl. hinten § 9, S.47ff.

2) Berg, S.134; Gygi, Grundrechtskonkurrenz, S.61ff; Huber, Gewerbefreiheit, S.174; Lepa, S.161; Rübner, Grundrechtskonflikte, S.474.

3) Lepa, S.165ff; Rübner, Grundrechtskonflikte, S.454ff.

4) vgl. statt vieler Scheuner, Pressefreiheit, S.40ff.

einzelnen Freiheitsrechte sind aus bestimmten Konfliktsituationen entstanden und sollen in ihrem Bereich einen erhöhten Schutz gewähren(1).

Immerhin ist zu bemerken, dass in der Verfassung unterschiedliche Wertungen enthalten sind. So ist z.B. der Grundsatz der Menschenwürde eines der tragenden Konstitutionsprinzipien. Auch das Recht auf Leben stellt eine der grundlegendsten Wertaussagen dar, ist es doch Voraussetzung für die Ausübung aller andern Grundrechte. Wenn diese und andere Aussagen einen "Vorrang" vor andern grundrechtlich gesicherten Werten haben, so beruht dieser "Vorrang" nicht auf einer abstrakten Rangordnung, die aus einem vorgegebenen Wertsystem abgeleitet wird(2). Die Prävalenz bestimmter Verbürgungen gegenüber andern beruht auf der Tatsache, dass nicht alle Werte, die in einer konkreten Situation aufeinander treffen, in gleichem Umfang verwirklicht werden können(3).

Was nun die Wertgrundlage der Wirtschaftsfreiheit und der Eigentumsgarantie betrifft, ist folgendes zu bemerken: Zwischen den beiden Grundrechten lässt sich keine Wertantonomie und keine Werthierarchie feststellen. Sie liegen als "gleichwertig und zusammengehörig nebeneinander"(4). Wie hinter allen Grundrechten so steht auch hinter den sog. materiel-

-
- 1) Lhmke, S.53f; Hesse, S.132; Müller F., Positivität, S.41f; Scheuner, Pressefreiheit, S.44ff; ders., Funktion, S.507ff; vgl. auch vorne § 1 III 2, S.7f.
 - 2) Hesse, S.128; a.M. Huber, Gewerbefreiheit, S.169ff.
 - 3) Das ist auch der Ausgangspunkt der sog. "preferred freedoms-Doktrin", die den ideellen Grundrechten eine Vorrangstellung gegenüber den materiellen Grundrechten einräumt, da sie als unentbehrliches Fundament jeder freiheitlichen Demokratie angesehen werden, vgl. Stalder, S.69ff.
 - 4) Huber, Gewerbefreiheit, S.173; vgl. auch Forsthoff, Eigentumsschutz, S.19ff; Rübner, Ueberschneidungen, S.49ff; Saladin, Grundrechte, S.327.

len Grundrechten, Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie, eine einheitliche Wertgrundlage, nämlich die Idee der Menschenwürde(1). Beide Grundrechte wollen den Menschen hinsichtlich der materiellen Seite seines Daseins schützen. Sie sollen ihm die wirtschaftliche Existenz als Voraussetzung für die persönliche Entfaltung sichern(2).

II. Vorrang aufgrund unterschiedlicher Beschränkungen

Es könnte auch versucht werden, aus den unterschiedlichen Beschränkungen der Grundrechte Schlüsse auf deren Rang zu ziehen(3). Diese unterschiedlichen Schranken müssen jedoch nicht unbedingt auf einen höheren Rang deuten, sie können vielmehr darauf zurückgeführt werden, dass einzelne Grundrechte, insbesondere die ideellen Freiheiten, im sozialen Bereich weniger Anlass zu Störungen geben, die reguliert werden müssen(4).

III. Prinzipielle Gleichrangigkeit

Auch heute noch wird die Meinung vertreten, die Gewerbefreiheit sei eine Art "suprema lex", eine Art Verfassungsnorm höherer Ordnung, an der alle staatlichen Vorkehrungen zu messen seien(5).

Dem ist jedoch nicht so. Zwischen den verschiedenen Bestim-

1) Christen, S.173f; Huber, Gewerbefreiheit, S.171.

2) Christen, S.174.

3) Lepa, S.167.

4) Bettermann, S.8f; Hesse, S.134; Huber, Gewerbefreiheit, S.174; Lerche, S.126 Anm.96; Rübner, Grundrechtskonflikte, S.462f; Scholz, S.111.

5) Junod, S.79.

mungen der Bundesverfassung herrscht ein Verhältnis der Gleichordnung(1). Es gibt kein "höher- oder niederrangigeres" Verfassungsrecht. Alle Normen nehmen sowohl formell wie auch materiell, inhaltlich, an der Hochrangigkeit der Verfassung teil(2). Dass es einzelne Verfassungsnormen von grösserer und geringerer Bedeutung und Reichweite, von grösserem und geringerem Gewicht gibt, hängt von Umfang und Art der "Normbereiche" ebenso wie von Richtung und Aussage der "Normprogramme" ab(3).

Besteht schon allgemein zwischen den Bestimmungen der Verfassung ein Verhältnis der Gleichordnung, so trifft dies auch auf die Grundrechte im besonderen, in diesem Falle also auch auf Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie zu.

IV. Ergebnis

Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie liegen als gleichrangig nebeneinander, da weder aufgrund einer apriorischen Wertordnung noch aufgrund unterschiedlicher Beschränkungen eine allgemeine Rangordnung der beiden Grundrechte als gerechtfertigt erscheint.

-
- 1) Häfelin, S.88f; vgl. auch Fleiner Th., Umweltschutz, S.250; Gygi, Grundrechtskonkurrenz, S.66; Hess, S.106; ebenso BGE 99 Ia 618.
 - 2) Hinderling, S.173.
 - 3) Müller F., Methodik, S.155ff; zu den Begriffen "Normbereich" und "Normprogramm" vgl. Hesse, S.19.

2. Abschnitt: Gemeinsame Voraussetzungen für staatliche Eingriffe in beide Grundrechtsgarantien

§ 9 Deckungsgleiche Voraussetzungen

I. Die gesetzliche Grundlage

Beide Grundrechte verlangen, dass Einschränkungen des jeweiligen Schutzgutes auf gesetzlicher Grundlage beruhen. Dieses Erfordernis erscheint auch in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung, jedoch mit unterschiedlichem Gewicht(1).

Im Bereich der Eigentumsgarantie erweist sich die gesetzliche Grundlage als praktisch bedeutsamste Bedingung für Beschränkungen. Als gesetzliche Grundlage genügt im allgemeinen ein Gesetz im materiellen Sinne(2). Auch eine unselbständige Verordnung der Exekutive reicht aus, sofern sie auf gesetzlicher Ermächtigung beruht und die Delegationsnorm nicht überschreitet(3). Ueberdies genügen Gewohnheitsrecht(BGE 94 I 138ff) sowie, angesichts direkter und unmittelbar drohender Gefahr, die polizeiliche Generalklausel(4). Für besonders intensive Eingriffe verlangt das Bundesgericht eine klare gesetzliche Grundlage(5). Das bedeutet, dass eine qualifiziert eindeutige Verankerung im kantonalen Gesetzesrecht vorausgesetzt wird(6). In neuerer Praxis geht die Tendenz - allerdings nicht eindeutig - dahin, dieses Erfordernis durch die Bereitschaft zu umfassender Prüfung der gesetzlichen Grundlage zu ersetzen(7).

1) Saladin, Grundrechte, S.157ff, 246f.

2) vgl. § 2 II Anm. 4 und 5, S.15.

3) Huber, Gewährleistung, S.69.

4) Saladin, Grundrechte, S.158; BGE 88 I 173ff.

5) Saladin, Grundrechte, S.162ff und dort angeführte Entscheide.

6) Imboden/Rhinow, Nr.60 Bem. I, S.360; Kritik daselbst, Bem. IIb, S.361f.

7) BGE 99 Ia 250; vgl. aber wieder BGE 99 Ia 485.

Im Bereich der Wirtschaftsfreiheit spielte das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage eine geringere Rolle. Erforderlich für Eingriffe muss aber auch hier grundsätzlich ein Gesetz im materiellen Sinne sein(1). Auch Gewohnheitsrecht und polizeiliche Generalklausel werden als hinreichende Grundlage akzeptiert. Das an der Eigentumsgarantie entwickelte Erfordernis der klaren gesetzlichen Grundlage wurde im Entscheid BGE 93 I 47 auch auf die Wirtschaftsfreiheit ausgedehnt(2).

II. Die Verhältnismässigkeit der Eingriffe

1. Allgemeines

Dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit liegt der Gedanke zugrunde, dass die Freiheit nicht mehr als nötig beschränkt werden darf(3). Er soll den Massstab für zulässige Beschränkungen der individuellen Freiheit abgeben und so letztlich der Forderung nach Gerechtigkeit im Einzelfall, dem Bestreben, widerstreitende Interessen angemessen auszugleichen, Rechnung tragen(4).

Aus der vor allem im Polizeirecht gründenden kasuistischen Entwicklung(5) des Verhältnismässigkeitsprinzips hat die Lehre gefolgert, dem Grundsatz seien im wesentlichen drei Teilinhalte eigen, nämlich die Gebote der Geeignetheit, Erforder-

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.70f; BGE 98 Ia 400.

2) Imboden/Rhinow, Nr.60 Bem. IIIa, S.361; Saladin, Grundrechte, S.371; BGE 98 Ia 52, 285.

3) Hotz, S.1ff; Huber, Verhältnismässigkeit, S.1ff; Jost, S.87; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.9ff.

4) Gentz, S.1601.

5) vgl.z.B. Hotz, S.1ff; Huber, Verhältnismässigkeit, S.1ff.

lichkeit und Verhältnismässigkeit i.e.S.(1).

Dagegen erscheint in der Rechtsprechung des Bundesgerichts das Verhältnismässigkeitsprinzip als Oberbegriff für eine Reihe von materiellen Eingriffsvoraussetzungen, so für Erforderlichkeit, qualitative Angemessenheit, Subsidiarität, Störerprinzip, Interessenabwägung u.a.m.(2). Dazu ist zu bemerken, dass Subsidiaritäts- und Störerprinzip je selbständige Maximen sind. Der Grundsatz der Subsidiarität ist eigentlich ein Prinzip der Zuständigkeitsordnung(3). Er besagt, dass staatliche Freiheitsbeschränkungen zur Erreichung eines dem Gemeinwohl dienenden Zieles nur zulässig sind, wenn die einzelnen nicht fähig oder willens sind, sich die zur Gewährleistung des Allgemeinwohls erforderlichen Beschränkungen selber aufzuerlegen. Er betrifft also die Frage, ob überhaupt eine staatliche Intervention erfolgen soll(4). Das Störerprinzip gehört als Kriterium der Gefahrenabwehr dem klassischen Polizeirecht an, und es besteht kein Grund, es als Teilinhalt des Verhältnismässigkeitsprinzips zu deuten(5).

2. Die Anwendung der einzelnen Teilinhalte

2.1 Allgemeines

Im Grundsatzurteil BGE 91 I 464 hat das Bundesgericht die wesentlichen Teilinhalte des Verhältnismässigkeitsprinzips

-
- 1) Hotz, S.18ff; Imboden/Rhinow, Nr.58 Bem. IV, S.341; zum Begrifflichen vgl. vorne § 2 I 2, S.13ff.
 - 2) Saladin, Grundrechte, S.355f; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.10f.
 - 3) Hotz, S.49.
 - 4) Saladin, Grundrechte, S.357f; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.15.
 - 5) Jost, S.70ff; vgl. auch Hotz, S.135ff.

zu folgender Formel zusammengefasst: "Nach dem Grundsatz der Notwendigkeit und Verhältnismässigkeit.....dürfen Bestimmungen.....nicht über das hinausgehen, was erforderlich ist, um denZweck zu erfüllen, durch den sie gedeckt sind: sie müssen das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles sein und es erlauben, dieses unter möglicher Schonung der Freiheit des einzelnen zu erreichen; das gesteckte Ziel muss zudem in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen". An dieser Umschreibung hat das Bundesgericht im wesentlichen bis heute festgehalten(1).

In dieser Definition lassen sich alle drei Teilinhalte feststellen. Das Gebot der Geeignetheit ergibt sich aus der Anforderung, dass die fragliche Massnahme "das richtige Mittel zur Verwirklichung des im öffentlichen Interesse liegenden Zieles" darstellen muss, d.h. dass mit der betreffenden Massnahme der gewünschte Erfolg erzielt werden kann, dass sie für den gewünschten Erfolg geeignet ist(2). Aus der Formel, dass der Eingriff nicht über das hinausgehen darf, was zur Erreichung des legitimen Zweckes notwendig ist, lässt sich das Gebot der Erforderlichkeit oder Notwendigkeit ableiten(3). Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.e.S. schliesslich folgt daraus, dass "das gesteckte Ziel in einem vernünftigen Verhältnis zu den eingesetzten Mitteln, den zu seiner Erlangung notwendigen Freiheitsbeschränkungen stehen" soll(4).

1) BGE 101 Ia 176; ZBl 78,1977, S.36 u.a.m.

2) Hotz, S.18f; Huber, Verhältnismässigkeit, S.28; Wolffers, S.298; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.13f.

3) Hotz, S.13ff; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.14ff.

4) Hotz, S.21; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.16f.

2.2 Bei der Wirtschaftsfreiheit

Traditionsgemäss kommt dem Verhältnismässigkeitsprinzip vor allem im Polizeirecht Bedeutung zu. Im Bereich der Wirtschaftsfreiheit ist das die Wirtschafts- oder Gewerbepolizei(1), die ein weit verzweigtes Gebiet ist, das an vielen Stellen die Wirtschaftsfreiheit bedrängt(2). Es fragt sich nun, in welchem Umfang die Praxis die einzelnen Teilinhalte berücksichtigt. Dabei soll hier nur eine kurze Darstellung erfolgen, da andere Arbeiten sich ausführlich zu dieser Frage äussern(3).

2.2.1 Eignungsprüfung

Im Vordergrund jeder Verhältnismässigkeitsprüfung steht die Frage, ob das Gebot der Geeignetheit beachtet worden ist, d.h. ob die Massnahme im Hinblick auf das verfolgte Ziel - objektiv betrachtet - sinn- und zweckvoll ist. Erweist sich das Gegenteil, so kann jede weitere Untersuchung unterbleiben. Insofern ist die Geeignetheit im Rahmen der Verhältnismässigkeitsprüfung Vorfrage(4).

Das Erfordernis der Eignung des Mittels wirtschaftspolizeilicher Eingriffe wird vom Bundesgericht nur selten ausdrücklich hervorgehoben(5). Diese Tatsache lässt sich im wesentlichen daraus erklären, dass kaum je zur Frage steht, ob ein Mittel im Hinblick auf einen bestimmten Zweck gänzlich unwirksam ist(6).

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.85.

2) Huber, Verhältnismässigkeit, S.6ff.

3) Hotz, S.87ff; Müller P., S.223ff; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.34ff, 95ff.

4) Hotz, S.95f; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.25; sinn- gemäss auch BGE 94 I 397ff.

5) BGE 94 I 396ff; ZBl 75, 1974, S.356; vgl. auch Kasuistik bei Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.85.

6) Hotz, S.19; BGE 91 I 464f.

2.2.2 Notwendigkeitsprüfung

Das Bundesgericht hebt die Prüfung der Notwendigkeit oder Erforderlichkeit nicht konsequent von derjenigen der Verhältnismässigkeit i.e.S. ab, obwohl ihr im Bereich der Wirtschaftsfreiheit praktisch die grösste Bedeutung zukommt(1), entscheidet sie doch, "wie" in Bezug auf einen bestimmten Zweck eingegriffen werden darf(2), d.h. Art und Weise wirtschaftspolizeilicher Beschränkungen werden bestimmt. Unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit ist mithin auch zu prüfen, ob und welche wirtschaftlichen Tätigkeiten generell an bestimmte sachliche (z.B. Fähigkeitsausweis) und formelle (z.B. Bewilligung) Voraussetzungen zu knüpfen oder gar dem Staat vorzubehalten (z.B. Polizeimonopole) sind(3). Dazu wurde das Gebot der Erforderlichkeit von der Praxis dahin konkretisiert, dass ein Eingriff in sachlicher, räumlicher und zeitlicher Hinsicht nicht über das Notwendige hinausgehen darf(4).

Wird nun dieses Gebot der Notwendigkeit sorgfältig angewendet, so verbürgt es geradezu eine freiheitliche Rechtsetzung(5) und lässt vor allem auch die starre begriffliche Abgrenzung zwischen Gefahrenabwehr und Sozialgestaltung als entbehrlich erscheinen(6).

-
- 1) Imboden/Rhinow, Nr.58 Bem. IVb, S.342ff; Muller P., S.223; vgl. auch die ausführliche Kasuistik bei Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.83f; Saladin, Grundrechte, S.243.
 - 2) Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.16.
 - 3) Hotz, S.109ff; Jost, S.92; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.55ff.
 - 4) Imboden/Rhinow, Nr.58 Bem. IVb Ziff. 1-3, S.343f; Jost, S.88f; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.50ff.
 - 5) Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.370f; Jost, S.92.
 - 6) Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.365; Jost, S.100.

2.2.3 Prüfung der Verhältnismässigkeit i.e.S.

Der Grundsatz der Verhältnismässigkeit i.e.S. verlangt immer eine Abwägung zwischen den konkret beteiligten Interessen(1). Dabei kommt es im wesentlichen auf den Wert des zu schützenden Rechtsgutes und die Schwere des Freiheitsopfers an(2). Die Verhältnismässigkeitsprüfung stellt mehr oder weniger eine letzte Barriere für staatliches Handeln dar, und zwar insofern sie letztlich auch die Legitimität des Zwecks in Frage stellt(3). Vor allem entbindet die Notwendigkeitsprüfung nicht von der Prüfung der Verhältnismässigkeit i.e.S., denn auch eine an sich notwendige Massnahme kann unverhältnismässig sein, wenn der Zweck entsprechend weit gesetzt ist.

Erwägungen solcher Art kommen in der Mehrzahl der Entscheidungen vor, wenn auch nicht immer deutlich erkennbar(4).

2.3 Bei der Eigentumsgarantie

Von jeher verlangte das Bundesgericht auch für Eigentumsbeschränkungen, dass sie verhältnismässig sein müssen(5). Aber es erkannte vorerst dem Grundsatz der Verhältnismässigkeit keine selbständige Bedeutung und Funktion zu, sondern schien ihn unmittelbar aus dem Erfordernis eines hinreichenden öffentlichen Interesses abzuleiten(6). Erst in neueren Urteilen scheint sich diese Konzeption zu ändern(7).

-
- 1) Hotz, S.100; Wolffers, S.308; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.16ff.
 - 2) Hotz, S.101f.
 - 3) Hotz, S.17.
 - 4) vgl.z.B. BGE 93 I 94, 715; 91 I 98ff.
 - 5) Saladin, Grundrechte, S.152ff.
 - 6) Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.84ff.
 - 7) vgl. z.B. BGE 99 Ia 37.

2.3.1 Eignungsprüfung

Auch hier wird dieses Erfordernis kaum ausdrücklich hervorgehoben(1). Denn ein minimaler Eignungsgrad eines Mittels im Hinblick auf einen bestimmten Zweck lässt sich nur schwer bestreiten.

2.3.2 Notwendigkeitsprüfung

Das Erfordernis der Notwendigkeit ist in erster Linie bei den polizeilichen, namentlich den baupolizeilichen Eigentumsbeschränkungen in Betracht zu ziehen, da das öffentliche Interesse an solchen Massnahmen in der Regel ausser Frage steht. Es ist somit zu prüfen, ob eine weniger weit gehende Massnahme dem Eingriffszweck auch genügen würde(2).

Auch bei den raumplanerischen Eigentumsbeschränkungen spielt das Erfordernis der Notwendigkeit eine wichtige Rolle, soll es doch mitentscheiden, welche Eigentumsbindungen bzw. Beeinträchtigungen für eine zweckmässige Nutzung des Bodens und eine geordnete Besiedelung des Landes erforderlich und dem Zweck angemessen sind(3). Zu prüfen ist somit die planerische Erforderlichkeit einer Massnahme(4).

2.3.3 Prüfung der Verhältnismässigkeit i.e.S.

Diesem Aspekt des Verhältnismässigkeitsgrundsatzes kommt im Bereich der Eigentumsgarantie die wichtigste Funktion zu. Er gewährleistet den Schutz der privaten Interessen, die dem

1) vgl. z.B. BGE 93 I 706f, und daselbst weitere Verweise.

2) Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.86.

3) Lendi, S.135ff; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.87ff.

4) vgl. die Beispiele bei Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.90.

öffentlichen Interesse am Eingriff entgegenstehen, indem er eine vernünftige Relation zwischen der Intensität des Eingriffs und dem Gewicht des verfolgten öffentlichen Interesses herzustellen versucht(1). Bei der zu erfolgenden Güterabwägung zwischen dem privaten und dem vorerst bejahten öffentlichen Interesse wird letzteres nachträglich noch auf seine Legitimität im konkreten Fall untersucht. So ist letztlich der Verhältnismässigkeitsgrundsatz Garantie dafür, dass trotz des steigenden Bedürfnisses der Allgemeinheit nach Eigentumsbeschränkungen ein möglichst ausgewogenes Verhältnis zwischen dem Gewicht des öffentlichen Interesses und den Auswirkungen des Eingriffs im Einzelfall bestehen kann(2).

Gerade auch bei raumplanerischen Massnahmen kommt der Verhältnismässigkeit i.e.S. eine besondere Bedeutung zu. Sie verlangt nämlich zwischen der Massnahme der Eigentumsbeschränkung und den verfolgten Zielen und Zwecken ein abgestimmtes Verhältnis(3) und bildet so das wesentliche materielle Kriterium für eine sachgerechte Konkretisierung der Eigentumsfreiheit(4).

Bei sozialpolitischen Beschränkungen besteht die Gefahr, dass sie ihrer legitimen Zweckbestimmung entfremdet werden(5), da die sozialpolitischen Leitbilder weitgehend offen gestaltet sind(6). Um so mehr zwingt die Verhältnismässigkeit i.e.S. zur Prüfung, ob ein entsprechendes Bedürfnis nach Massgabe der jeweiligen sozialen Verhältnisse vorhanden sei(7) und ob eine

1) Bosshardt, S.399f; Saladin, Grundrechte, S.154; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.85f.

2) Bosshardt, S.399; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.85f.

3) Lendi, S.137.

4) Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.88.

5) vgl.z.B. BGE 103 Ia 417ff.

6) Hotz, S.121.

7) Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.91.

Massnahme ausser Verhältnis zu den mit ihr verbundenen Nachteilen stehe(1), ob also ein Missverhältnis zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Wert des realisierbaren Erfolgs bestehe(2).

3. Ergebnis

Obwohl den einzelnen Teilinhalten je nach Eingriff in eines der beiden Grundrechte verschiedene Bedeutung und Funktion zukommt, verlangen sowohl Wirtschaftsfreiheit als auch Eigentums-garantie, dass Einschränkungen des jeweiligen Schutzgutes verhältnismässig sein müssen.

§ 10 Divergente Voraussetzungen

I. Das öffentliche Interesse(3)

Das öffentliche Interesse dient einerseits als Oberbegriff staatlicher Eingriffsmotivation für die ausschliesslich negative Gefahrenabwehr, andererseits zur Begründung staatlicher Massnahmen, die im Hinblick auf politische, wirtschaftliche und soziale Bedürfnisse getroffen werden müssen(4).

-
- 1) Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.16.
 - 2) Wolfers, S.298; a.M. Saladin, Grundrechte, S.240, 243, 353f, der den Grundsatz der Verhältnismässigkeit mit der Ausdehnung seines Anwendungsbereichs auf sozialpolitische Massnahmen überfordert sieht.
 - 3) zum Begrifflichen vgl. § 2 I 1.2 und 1.3, S.9ff.
 - 4) Aubert, Nr. 2183, S.761f; Knapp, S.153; Saladin, Grundrechte, S.345.

Im folgenden ist nun aufzuzeigen, welche öffentlichen Interessen als Voraussetzung für Eingriffe bei den beiden Grundrechten jeweils herangezogen werden.

1. Das öffentliche Interesse i.S. der Wirtschaftsfreiheit

Die Wirtschaftsfreiheit darf nur im öffentlichen Interesse beschränkt werden(1), aber nicht jedes öffentliche Interesse genügt(2). Es muss sich vielmehr um solche Interessen handeln, denen die Bundesverfassung den Vorrang vor der Wirtschaftsfreiheit einräumt(3).

1.1 Polizeiliche, insbes. wirtschaftspolizeiliche Interessen

Die Umschreibung der polizeilichen Interessen ist in der bundesgerichtlichen Rechtsprechung bis zum Entscheid Griessen(4) im wesentlichen stets die gleiche(5). Damit wirtschaftspolizeiliche Massnahmen mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar sind, dürfen sie nicht "excéder ce qui est nécessaire pour empêcher que l'ordre public ne soit troublé par une liberté sans limite dans le domaine de l'activité économique, et pour éviter que la sécurité, la tranquillité, la moralité ou la santé publiques ne soient misent en danger par une certaine façon de pratiquer le commerce, ou encore pour lutter contre les atteintes portées à la bonne foi en affaires par des procédés déloyaux et propres à tromper le public"(6). Gelegentlich reduziert sich die Umschreibung auf "öffentliche Ordnung und Sicherheit"(7). Dies

1) vgl. BGE 98 Ia 401.

2) vgl. BGE 102 Ia 114.

3) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.68ff.

4) BGE 97 I 499ff, vgl. dazu hinten S.59.

5) Grisel, S.106ff; Knapp, S.144ff; Saladin, Grundrechte, S.235ff.

6) vgl. zuletzt BGE 96 I 701.

7) vgl. BGE 92 I 60ff.

ist jedoch nichts anderes als ein Merkmal des klassischen Polizeibegriffs, nach welchem die Polizei zur Herstellung oder Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und Sicherheit Gefahren abzuwehren hat(1).

Solche polizeiliche Regelungen und Eingriffe sind jedoch nicht immer zulässig, sondern nur dann, wenn ein öffentliches Interesse an ihnen nachgewiesen ist, d.h. die Polizei hat sich grundsätzlich nicht mit rein privaten Interessen zu beschäftigen(2). Da der Schutz des Publikums und der staatlichen Institutionen und damit der Schutz der öffentlichen Ordnung gemeinhin im öffentlichen Interesse liegt, werden oft die Begriffe der öffentlichen Ordnung und des öffentlichen Interesses wahlweise verwendet, obwohl das "öffentliche Interesse" weiter gefasst ist(3).

1.2 Soziale oder sozialpolitische Interessen

Gemäss Art. 31 Abs.2 BV können die Kantone "Bestimmungen über die Ausübung von Handel und Gewerbe" erlassen. Damit sind nach traditioneller Lehre und Rechtsprechung polizeiliche Beschränkungen gemeint(4). Das Bundesgericht schützte jedoch schon frühzeitig kantonale Massnahmen, die keine Gefahrenabwehr im eigentlichen Sinne mehr darstellten(5).

1) Jost, S.20ff.

2) Grisel, S.110; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.89.

3) Grisel, S.109f; Jost, S.60f; BGE 83 I 145; 80 I 13; 79 I 117.

4) vgl.z.B. BGE 96 I 366; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.166.

5) vgl.z.B. Mindestferiendauer: 58 I 30; 73 I 229; 87 I 189; Ladenschlussvorschriften: BGE 49 I 228ff; 73 I 97ff; ausführlich und mit weiteren Entscheiden Gysi, S.83ff, insbes. S.89ff.

Im Entscheid Griessen(1) kehrte das Bundesgericht zu einem engen Begriff polizeilicher Massnahmen zurück. Es schloss solche Regelungen, die nicht bestimmt sind, die sog. Polizeigüter zu schützen, vom Begriff aus und charakterisierte die über den polizeilichen Zweck hinausgehenden, ein im allgemeinen sozialpolitisches Ziel verfolgenden Massnahmen als soziale oder sozialpolitische, die mit der Wirtschaftsfreiheit ebenfalls vereinbar sind(2). Diese Rechtsprechung wurde in späteren Entscheiden mehrmals bestätigt(3).

Unter sozialpolitischen Massnahmen sind nach bundesgerichtlicher Umschreibung solche zu verstehen, die die allgemeine Wohlfahrt schützen oder vermehren wollen(4), dabei aber primär die freie Konkurrenz nicht beeinträchtigen dürfen(5). Der Begriff "Wohlfahrt" ist jedoch nicht mehr in erster Linie als materieller Fortschritt, gemessen am Sozialprodukt, zu verstehen. Der Begriff ist umfassender: "..... jedermann (soll) nicht nur am materiellen Fortschritt, sondern auch an den individuellen Freiheitsgütern, am Geistes- und Kulturleben sowie an den Früchten der Freizeit und Erholung angemessen oder gar gleichmässig Anteil haben. Zu den Individualansprüchen kommt erst noch das Kollektivbedürfnis nach einer heilen Umwelt - Natur und menschliche Beziehungen umfassend - hinzu, in der sich der einzelne möglichst frei entfalten und verwirklichen kann"(6).

Soziale und sozialpolitische Massnahmen haben danach nicht

1) BGE 97 I 499ff.

2) Knapp, S.146.

3) vgl. BGE 98 Ia 400; 99 Ia 373, 619; 100 Ia 499; 101 Ia 304, 486; 102 Ia 544.

4) BGE 99 Ia 373: "procurer ou augmenter le bien-être".

5) vgl.z.B. BGE 101 Ia 486; Saladin, Grundrechte, S.241f.

6) vgl. Botschaft des Bundesrates zu Art. 31^{quinquies} BV, S.135.

nur die Abwehr sozialer Notlagen oder den sozialen Ausgleich im weiteren Sinne zum Ziel, sondern auch eine eigentliche Gesellschaftsgestaltung(1). Sie müssen aber immer der Wahrung öffentlicher Interessen dienen, d.h. "elles ne peuvent notamment répondre à un intérêt public suffisant que si elles satisfont un besoin assez généralement reconnu pour que l'Etat se charge d'y pourvoir"(2).

1.3 Wirtschaftspolitische Interessen

Wirtschaftspolitische Massnahmen müssen entweder unmittelbar dem öffentlichen Wohl dienen oder dürfen jedenfalls dem Gesamtinteresse(3) nicht widersprechen, wenn sie lediglich einzelne Gruppen schützen oder fördern sollen. Immer muss zu ihrem Erlass auch eine ausdrückliche Grundlage in der Verfassung bestehen.

Wirtschaftspolitische Massnahmen beschränken sich nicht auf den Schutz der öffentlichen Ordnung im polizeilichen Sinn, vielmehr greifen sie in Verfolgung heteronomer Ziele in den freien Wirtschaftsablauf ein(4). Die Ergebnisse der Wirtschaftsfreiheit sind zwar beachtlich, doch weist die staatsfreie Wirtschaft dennoch grosse Mängel auf(5). Diese zu beheben oder doch zu mildern, ist das erklärte Ziel einer bewussten staatlichen Wirtschaftspolitik. Bereits das wirtschaftliche Ziel der Wohlstandssteigerung setzt staatliche Eingriffe voraus. Der Wohlstand ist jedoch nicht Selbstzweck, sondern Mittel im Dienste verschiedener höherer Werte. Solche ausserwirtschaftliche Ziele lassen sich

1) Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.311f, 342ff; Müller J.P., Grundrechte, S.768ff.

2) so ausdrücklich BGE 97 I 506.

3) Der Vorbehalt von Art.31^{bis} Abs.3 BV gilt für alle wirtschaftspolitischen Massnahmen. Gemeint ist das Gesamtinteresse des Bundes, nie bloss eines Kantons; vgl. Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.147ff.

4) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.138ff; vgl. auch Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.309ff.

5) Christen, S.70ff; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.359.

jedoch nur mit staatlichen Massnahmen verfolgen(1). Wirtschaftspolitik in diesem Sinne ist für das Gemeinwesen geradezu eine unausweichliche Aufgabe und liegt demnach ohne Zweifel auch im öffentlichen Interesse.

2. Das öffentliche Interesse i. S. der Eigentumsgarantie

Nach Art. 22^{ter} Abs.2 BV können "Bund und Kantone(.....) im Rahmen ihrer verfassungsmässigen Befugnisse auf dem Wege der Gesetzgebung im öffentlichen Interesse die Enteignung und Eigentumsbeschränkungen vorsehen". Damit macht die Verfassung selbst das öffentliche Interesse ausdrücklich zu einem materiellen Kriterium für Beschränkungen dieses Grundrechts(2).

Lehre und Rechtsprechung haben aber schon seit jeher gefordert, dass Eigentumsbeschränkungen im öffentlichen Interesse liegen müssen(3), wobei die Eingriffe einem spezifischen, konkreten öffentlichen Interesse zu dienen haben(4). Negativ ausgeschlossen werden die rein privaten und fiskalischen Interessen(5). Positiv haben weder Lehre noch Rechtsprechung eine inhaltliche Umschreibung gefunden, die dem qualifizierenden Erfordernis genügen würde. Da grundsätzlich jedes öffentliche Interesse geeignet ist, einen Eingriff in das Eigentum zu rechtfertigen(6), seien hier nur die wesentlichsten aufgezählt.

1) Christen, S.95ff; Gygi, Wirtschaftsverfassung, S.358f.

2) Grisel, S.111.

3) vgl.z.B. BGE 41 I 483; 57 I 212; 60 I 271; 83 I 149.

4) Saladin, Grundrechte, S.146ff; BGE 94 I 52ff, 127ff.

5) vgl.z.B. BGE 67 I 177ff.

6) vgl. zuletzt BGE 102 Ia 114.

2.1 Polizeiliche Interessen

Wie bei der Wirtschaftsfreiheit erscheint auch bei der Eigentumsgarantie das Gebot der polizeilichen Gefahrenabwehr als primäres und wegleitendes öffentliches Interesse. Die Polizei hat dort einzuschreiten, wo durch Eigentümerbefugnisse die öffentliche Ruhe, Sicherheit und Ordnung oder m.a.W. die eigentlichen Polizeigüter verletzt und gestört werden. Der polizeilich angestrebte Zweck bleibt dabei stets ein negativer, selbst wenn er nur über den Umweg einer positiven Anordnung zu erreichen ist(1). Eine erste Erweiterung hat der Begriff insoweit erfahren, als die Polizei auch berufen ist, der Gesamtheit oder dem einzelnen bevorstehende Gefahren abzuwenden, durch die die öffentliche Ordnung und Sicherheit gestört wird(2). Eine weitere Ausdehnung erfuhr der Begriff in den Belangen der ästhetischen Baugestaltung sowie des Orts- und Landschaftsschutzes, wurden doch solche Massnahmen, die zum grossen Teil nicht mehr Gefahrenabwehr sind, als baupolizeilicher Natur bezeichnet(3).

Das Baupolizeirecht dient jedoch als Polizeirecht der Abwehr von Gefahren, die sich aus der Errichtung, Veränderung oder dem Abbruch von Bauten sowie allgemein aus ihrem Bestand ergeben(4). Baugestaltende Vorschriften des Baupolizeirechts sind insofern als polizeiliche anzusehen, als sie eine Verunstaltung(5) im Sinne einer Störung der öffentlichen Ordnung verhindern oder die ästhetische Seite der baulichen Gesamtordnung und damit die öffentliche Ordnung betreffen(6).

1) vgl.z.B. Anordnungen im Strassenverkehr; Gut, S.129.

2) z.B. BGE 95 I 197; 92 I 208; 91 I 414.

3) vgl.z.B. BGE 81 I 30; 41 I 483.

4) Lendi, S.92.

5) zum Begriff vgl. BGE 90 I 342.

6) Jost, S.35f; Lendi, S.92f; Saladin, Grundrechte, S.236.

Während also ästhetische Interessen durchaus polizeilicher Natur sein können, gehen Massnahmen zum Schutze ganzer Orts- und Landschaftsbilder über das polizeiliche Interesse hinaus.

2.2 Raumplanerische Interessen

Aufgabe der Raumplanung ist die zweckmässige Nutzung des Bodens und die geordnete Besiedelung des Landes(1). Sie kann nicht als polizeiliche Aufgabe verstanden werden, da sie nicht der Gefahrenabwehr dient, sondern der Mehrung der Wohlfahrt(2).

Es kann zwar raumplanerische Massnahmen geben, die auch der Abwehr konkreter Gefahren dienen, doch der Zweck der Raumplanung geht weiter. Er besteht darin, "diejenigen Vorgänge steuernd zu beeinflussen, welche die zukünftige räumliche Ordnung massgebend bestimmen"(3). Durch staatliche Lenkung soll die Wohlfahrt verbessert werden, d.h. das Land soll wohnlich gestaltet, die Lebensqualität erhöht werden. Die Raumplanung ist deshalb als wohlfahrtspolitische Aufgabe zu verstehen und nicht als polizeiliche(4).

Zu den raumplanerischen Interessen sind auch jene des Natur- und Heimatschutzes und des Umweltschutzes zu zählen(5). Sie dienen der Schaffung von Erholungszonen(6), der Erhaltung natürlicher Landschaften(7), der Erhaltung von Bau- und Kultur-

1) vgl. statt vieler Lendi, S.60f, 68ff.

2) Lendi, S.75; Zimmerli, Verhältnismässigkeit, S.87.

3) Lendi, S.60.

4) Lendi, S.60f.

5) vgl. den Bundesbeschluss über dringliche Massnahmen auf dem Gebiete der Raumplanung vom 17. März 1972, SR 700.

6) BGE 98 Ia 437, 480; 97 I 647.

7) BGE 97 I 642; 94 I 59.

denkmälern(1), dem Schutz von Grundwasserfassungen(2) usw., schützen die natürlichen Grundlagen des menschlichen Lebens wie Luft, Wasser, Boden und das ökologische Gleichgewicht in der Natur(3) und mehren so letztlich die allgemeine Lebensqualität, die Wohlfahrt.

Auch raumplanerische Massnahmen bedürfen eines spezifischen öffentlichen Interesses(4). Es dürfte in der Regel gegeben sein, da die Raumplanung als eine öffentliche Aufgabe anerkannt ist(5).

2.3 Wirtschafts- und sozialpolitische Interessen

Schon seit langem wurde das Eigentum immer wieder aus wirtschafts- und sozialpolitischen Gründen eingeschränkt(6). Der kantonale Gesetzgeber stellte in jüngster Zeit namentlich Vorschriften auf über die Erhaltung von Wohnraum, indem er die Bewilligungspflicht für den Abbruch von Wohnbauten einführte(7). Ferner traf er Massnahmen zum Schutze der Mieter(8)

1) ZBl 75, 1974, S.172ff.

2) vgl. BGE 98 Ia 32.

3) vgl. die Botschaft des Bundesrates zum BG über die Raumplanung, S.1476f.

4) Imboden/Rhinow, Nr.124 Bem. II, S.880f; es ist selbst bei der Verhinderung und der Verkleinerung überdimensionierter Bauzonen gegeben, BGE 104 Ia 128; 103 Ia 252f; 102 Ia 433f.

5) Lendi, S.80.

6) vgl. die gesetzgeberischen Massnahmen auf Bundesebene, namentlich den BB vom 31. Jan.1958 über Massnahmen zur Förderung des sozialen Wohnungsbaus, AS 1958, S.419ff; das BG vom 19.März 1965 über Massnahmen zur Förderung des Wohnungsbaus, AS 1966, S.433, mit Abänderungen vom 30.März 1970, AS 1970, S.891ff; vgl. jetzt auch die verfassungsrechtliche Grundlage in Art.34^{sexies} BV(Wohnungsbau) und Art.34^{septies} BV(Mieterschutz).

7) BGE 101 Ia 502ff; 99 Ia 35ff.

8) BGE 102 Ia 376ff.

und erliess Vorschriften über Zahl, Typen und Preise von Mietwohnungen(1) sowie über die Energieversorgung von Miethäusern(2). Diese Massnahmen zielen immer darauf ab, solche Missstände zu beheben oder zu verhindern, die die wirtschaftlich weniger leistungsfähigen Bevölkerungskreise getroffen haben oder treffen könnten. Als solche dienen sie vornehmlich der sozialen Wohlfahrt. Sie sind als öffentliche Aufgabe anerkannt, weshalb grundsätzlich auch ein öffentliches Interesse an ihnen zu bejahen ist(3).

3. Ergebnis

Beide Grundrechtsgarantien verlangen, dass Beschränkungen im öffentlichen Interesse liegen müssen. Während bei der Eigentumsgarantie grundsätzlich jedes öffentliche Interesse geeignet ist, einen Eingriff des Gemeinwesens (Bund, Kantone, Gemeinden) in das Eigentum zu rechtfertigen, legitimiert nicht jede Art öffentlicher Interessen zu Einschränkungen der Wirtschaftsfreiheit. Eine der wesentlichen Schutzfunktionen dieses Grundrechts besteht ja darin, dass es den Kantonen Massnahmen mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung - mit Ausnahme blosser Förderungsmassnahmen - untersagt(4). Lenkende oder gestaltende Massnahmen, die bei der Eigentumsgarantie den grössten Teil der Beschränkungen ausmachen, sind also bei der Wirtschaftsfreiheit nur in beschränktem Masse zulässig, d.h. als sozialpolitisch motivierte und ausnahmsweise als wirtschaftspolitische, wenn die Verfassung ausdrücklich eine besondere Kompetenzbestimmung für solche wirtschaftspolitische Massnahmen enthält. Der gesetzgeberische Spielraum, den

1) BGE 99 Ia 604ff.

2) BGE 98 Ia 584ff.

3) Beispiele wirtschaftspolitisch motivierter Beschränkungen: v.a. Vorschriften über Warenbewirtschaftung, vgl. Huber, Gewährleistung, S.67f; Nutzungslenkungen.

4) BGE 99 Ia 619ff, 373f.

Art. 31 BV den Kantonen gewährt, ist somit enger als derjenige nach Art. 22^{ter} BV(1).

II. Ausgleich des Schadens

Die Schadensausgleichung ist ein Teil des öffentlichen Entschädigungsrechts. Es zerfällt in die scharf getrennten Bereiche der Staatshaftung für rechtswidrige und der öffentlich-rechtlichen Entschädigungspflicht bei Enteignung für rechtmässige hoheitliche Schadenszufügungen(2).

Im Rahmen dieser Arbeit interessiert nur die Entschädigungspflicht für rechtmässige hoheitliche Eingriffe, d.h. inwiefern zieht eine verfassungsmässig zulässige Beschränkung eines der beiden Grundrechte Entschädigung nach sich.

1. Bei der Eigentumsgarantie

Mit der Verankerung der Entschädigungspflicht für die formelle und materielle Enteignung(3) in Art. 22^{ter} Abs.3 BV anerkannte der Verfassungsgesetzgeber, dass die Eigentumsgarantie auch als Wertgarantie zum Tragen kommt, falls für die fragliche Eigentumsbeschränkung ein überwiegendes öffentliches Interesse besteht und eine hinreichende gesetzliche Grundlage dafür vorhanden ist(4). Andererseits wurde damit eine verfassungsunmittelbare Entschädigungspflicht geschaffen, d.h. eine

1) Frey, S.176ff.

2) Gueng, S.1ff; Rosenstock, S.14.

3) vgl. zur Entwicklung und Ausdehnung der Entschädigungspflicht von der formellen auf die materielle Enteignung Gueng, S.1ff, 179ff; Huber, Gewährleistung, S.73ff; Saladin, Grundrechte, S.167ff.

4) so auch Aubert/Jagmetti, S.183f.

Verpflichtung, der sich namentlich auch der kantonale Gesetzgeber nicht entziehen kann(1). Gestützt darauf löste die neuere Rechtsprechung auch die alte Streitfrage, ob die Entschädigungspflicht Voraussetzung oder Folge einer enteignungsähnlich wirkenden Eigentumsbeschränkung bilde, indem das Bundesgericht ausführte: "En effet, dès lors que l'art. 22^{ter} al. 3 Cst. garantie (l'indemnité) expressément en cas de restriction à la propriété équivalent à une expropriation, la faculté pour le lésé d'obtenir un indemnité ne constitue plus une condition de constitutionnalité, mais seulement la conséquence nécessaire de l'atteinte à la propriété" (2). Die Entschädigungspflicht ist somit Folge der materiellen Enteignung, also dann zu leisten, "wenn der bisherige oder ein voraussichtlich künftiger Gebrauch der Sache verboten oder in besonders schwerer Weise eingeschränkt wird oder wenn ein weniger schwerer Eingriff lediglich einen oder wenige Eigentümer trifft, so dass ihr Opfer gegenüber der Allgemeinheit nicht zumutbar erscheint" (3).

3. Bei der Wirtschaftsfreiheit

Rechtmässige Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit lösen keine Entschädigungspflicht des Gemeinwesens aus, falls der Eingriff nicht zugleich eine Beeinträchtigung eines subjektiven Vermögensrechtes, das von der Eigentumsgarantie geschützt ist(4), in sich schliesst und daher unter dem Gesichtspunkt der Eigentumsgarantie zu einer Entschädigungspflicht des Gemeinwesens führen kann. So erklärte etwa das

1) Saladin, Grundrechte, S. 198.

2) BGE 98 Ia 595.

3) BGE 93 I 342.

4) Nicht geschützt sind vermögenswerte Rechtslagen, die nicht den Charakter subjektiver Rechte haben sowie blosses Interessenlagen, vgl. Huber, Gewährleistung, S. 62ff.

Bundesgericht, weder ein rechtmässiges Monopol(1) noch eine zulässige gewerbepolizeiliche Massnahme(2) begründe einen Anspruch auf Entschädigung, die Wirtschaftsfreiheit gebe überhaupt keinen Anspruch auf staatliche Leistung(3).

Wie bemerkt kann das dort zu unbefriedigenden Ergebnissen führen, wo nicht zugleich ein subjektives vermögenswertes Recht berührt ist. So ist vor allem auf dem Gebiet der Wirtschaftsinterventionen der Katalog unbewältigter Konfliktsituationen umfangreich(4), da dem schweizerischen Recht ein subjektives Recht an der wirtschaftlich organisierten Einheit der Unternehmung und an der technischen Einheit des Betriebes fremd ist, was eben die Anrufung der Eigentumsgarantie und damit allenfalls eine Entschädigung ausschliesst.

3. Ergebnis

Während der durch einen verfassungsmässig statthaften staatlichen Eingriff in das Eigentum zugefügte Schaden auszugleichen ist, wenn er sehr intensiv ist oder sich wenigstens als "Sonderopfer" darstellt, ist eine Beeinträchtigung der Wirtschaftsfreiheit dagegen, für sich allein genommen, hinzunehmen, sofern gesetzliche Grundlage, öffentliches Interesse und Verhältnismässigkeit des Eingriffs gegeben sind.

1) BGE 22 616ff.

2) BGE 46 I 491ff.

3) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.60f und dort zitierte Entscheide.

4) vgl. dazu Marti, HGF, S.257ff; ebenso Huber, Gewährleistung, S.67f; Saladin, Grundrechte, S.267f.

3. Abschnitt: Das Verhältnis im besonderen

Vorbemerkung:

In den beiden vorangehenden Abschnitten wurde einerseits gezeigt, dass Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie tatsächlich voneinander abhängig sind, dass sie sich wechselseitig bedingen, wenn sie ihrem Sinn und ihrer Funktion gerecht werden wollen; andererseits aber auch, dass dort Spannungen auftreten können, wo sich ihre Wirkungsbereiche überschneiden, wo die Beschränkungsmöglichkeiten bei einem Grundrecht grösser sind als beim andern. Konkret ausgedrückt heisst das, dass bei der Wirtschaftsfreiheit nur polizeiliche und sozialpolitische, insbesondere keine wirtschaftspolitischen, bei der Eigentumsgarantie dagegen alle im öffentlichen Interesse liegenden Motive für Beschränkungen ausreichend sein können.

Zudem wurde festgestellt, dass die beiden Grundrechte als gleichwertig und gleichrangig nebeneinander stehen, dass keines dem andern aufgrund einer Werthierarchie oder Rangordnung vorgeht.

Aus der Gleichrangigkeit und vor allem aus der Ueberschneidung der Wirkungsbereiche kann einmal folgendes festgehalten werden:

- Werden durch eine staatliche Vorkehrung beide Grundrechtsbereiche berührt, so ist die betreffende Massnahme immer auf die Vereinbarkeit mit beiden Grundrechtsgarantien zu prüfen.
- Eigentumsbeschränkungen mit primär wirtschaftspolitischer Zielsetzung sind nach Massgabe von Art. 31 BV unzulässig, sofern sie auch die wirtschaftliche Erwerbstätigkeit einschränken(1).

1) Frey, S.179; Saladin/Lanz, S.118.

- Zulässige Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind auch solche der Eigentumsgarantie, wobei bezüglich der Frage der staatlichen Entschädigungspflicht noch nichts entschieden ist(1).

Damit sind jedoch erst die unproblematischen Fälle gelöst. Nicht darunter fallen die folgenden Probleme:

- Eigentumsbeschränkungen, die nicht primär wirtschaftspolitische Ziele verfolgen, sondern entweder solche Zwecke nur neben anderen, z.B. raumplanerischen, anstreben oder sogar nur wirtschaftspolitische Nebenwirkungen nach sich ziehen.
- All jene Fälle, bei denen das öffentliche Interesse i.S. der Eigentumsgarantie über die polizeilichen und sozialpolitischen Interessen i.S. der Wirtschaftsfreiheit hinausgeht.
- Alle sog. Ausnahmen von der Wirtschaftsfreiheit im Hinblick auf die Frage, ob sie auch als Ausnahmen von der Eigentumsgarantie zu qualifizieren sind.

Für diese Probleme soll in der Folge versucht werden, einige einheitliche Lösungsgrundsätze herauszuarbeiten.

§ 11 Lösungsgrundsätze

Die oben angeschnittenen Probleme betreffen einen Teilbereich des grösseren Komplexes der harmonisierenden Verfassungsauslegung. "Harmonisierung"(2) oder "Herstellung praktischer

1) Saladin/Ianz, S.118.

2) Scheuner, Pressefreiheit, S.53.

Konkordanz"(1) bedeutet, dass verfassungsrechtlich geschützte Rechtsgüter in der Problemlösung einander so zugeordnet werden müssen, dass jedes von ihnen Wirklichkeit gewinnt(2).

Auszugehen ist dabei von den im 1.Kapitel entwickelten Grundlagen einerseits, d.h. vom dort dargelegten Verfassungs- und Grundrechtsverständnis, und von der grundsätzlichen Gleichwertigkeit bzw. Gleichrangigkeit von Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie andererseits.

Zur Verdeutlichung sei nochmals Grundsätzliches zum Verfassungs- und Grundrechtsverständnis festgehalten:

Die Verfassung ist die rechtliche Grundordnung des Gemeinwesens. Ihre Eigenart liegt in ihrer einen freien politischen Prozess ermöglichenden und gewährleistenden, konstituierenden, stabilisierenden, rationalisierenden, machtbegrenzenden und in alldem individuelle Freiheit sichernden Funktion. "Ihre Elemente hängen voneinander ab und wirken aufeinander zurück, und erst das Zusammenspiel aller ergibt das Ganze der konkreten Gestaltung des Gemeinwesens durch die Verfassung"(3). In diesem Sinne ist die Verfassung als Einheit zu verstehen(4).

Als Teil dieser Verfassung haben die Grundrechte nicht nur den Charakter staatsbezogener Abwehrrechte des Individuums zur Sicherung eines Bereichs individueller und gesellschaftlicher Freiheit, in dem die einzelnen, rechtlich gesehen, nach subjektivem Belieben handeln können, sondern den Charakter objektiver Ordnungsprinzipien für die von ihnen geschützten Lebensbereiche. Sie bezeichnen eine Ordnung, die zur Gewährleistung

1) Hesse, S.28f.

2) Hesse, S.29; Hinderling, S.210f.

3) Hesse, S.12.

4) Bäumlín, Staat, S.27; Lhmke, S.77f.

gleichmässiger Selbstverwirklichungsmöglichkeiten eines jeden einzelnen aufgerichtet ist. Diese Ordnung wiederum muss so beschaffen sein, dass der einzelne in die Lage versetzt ist, sich in und mit seinen Anlagen weitestgehend zur Geltung zu bringen, womit nicht lediglich ein schlichtes Sichausleben der wie auch immer gearteten Persönlichkeit gemeint wird, sondern darüber hinaus auf die Entwicklung des jeweiligen besonderen Individuellen innerhalb und unter Berücksichtigung der Gegebenheiten des sozialen Raumes hingewiesen ist.

Vor diesem Hintergrund ist die Lösung zu suchen, die auf die innere Verfassungsharmonie zielt. Dabei kommt dem Prinzip der Einheit der Verfassung besondere Bedeutung zu. Die Verfassung ist jeweils als ein in sich sinnvoller, zwar vielseitiger und keineswegs spannungsloser, aber doch immer auf die Einheit des politischen Gemeinwesens gerichteter Ordnungszusammenhang zu interpretieren(1). Punktualistische Vereinzelung muss überwunden werden. Es sind der Zusammenhang und die Bezogenheiten, die zwischen den vielen Einzelnormen einer Verfassung bestehen, zu sehen. Jedes Einzelne verweist schon aus sich immer auf das Allgemeine, ist überhaupt Einzelnes nur als Einzelnes eines Allgemeinen. Es gilt somit, "weniger im Dienste subjektiver Rechtsverfolgung als im Dienste objektiver Bewahrung des Verfassungsrechts" zu stehen(2).

1) Ehmke, S.77ff; Hesse, S.29.

2) BVerfGE 2, 79(86).

§ 12 Eigentumsbeschränkungen, die sich auf die Verwendung von Sachen oder Rechten zur Ausübung einer Erwerbstätigkeit beziehen

Die Wirtschaftsfreiheit schützt den Erwerb , die Betätigung selbst; die Eigentumsgarantie das Erworbene, das Ergebnis der Betätigung, aber auch die Dispositionsbefugnis des Eigentümers. Die wirtschaftliche Tätigkeit besteht nun weitgehend in der tatsächlichen Benutzung von Sachen oder in der rechtlichen Verfügung über solche. Jede Beschränkung dieser tatsächlichen oder rechtlichen Verfügung über eine Sache zum Zwecke des Erwerbs ist daher nicht nur eine Beschränkung des Eigentums, sondern gleichzeitig eine solche der Wirtschaftsfreiheit.

Primär handelt es sich bei den hier zu behandelnden Fällen um Eigentumsbeschränkungen, und zwar um solche, die die Verfügungs- und Nutzungsbefugnis in bestimmter Weise, eben zum Zwecke des Erwerbs, einschränken. Die Eigentumsgarantie ist somit betroffen, weil eine wesentliche Befugnis davon, nämlich die freie Disposition, eingeschränkt ist. Die Wirtschaftsfreiheit ist berührt, weil dadurch die Ausübung oder der Zugang zu einer Erwerbstätigkeit beeinträchtigt oder verunmöglicht werden kann.

I. Arten der Beschränkungen

Denkbar sind Beschränkungen aus polizeilichen, raumplanerischen, sozialen oder sozialpolitischen und weiteren öffentlichen Interessen (etwa Denkmalschutz, Schutz der Landwirtschaft usw.).

Als Beispiele polizeilicher Beschränkungen seien etwa genannt: die Beschränkung der Reklame(1), das Verbot, einen Ver-

1) BGE 99 Ia 42ff; 87 I 268ff, 349ff; 60 I 268ff; 45 I 18ff.

kaufsladen zu eröffnen(1), eine Tankstelle(2), eine Schweinemästerei(3) zu betreiben usw.(4).

Beschränkungen aus raumplanerischen Gründen, zu denen auch Interessen des Natur- und Heimatschutzes und des Umweltschutzes zu zählen sind, stellen wohl die wichtigste Kategorie dar. Als bevorzugte Mittel erscheinen dabei Nutzungsordnungen oder Zonenpläne. Dass solche Vorschriften die Erwerbstätigkeit berühren können, liegt auf der Hand(5).

Auch soziale oder sozialpolitische Massnahmen können die Wirtschaftsfreiheit beeinträchtigen, wie z.B. der soziale Wohnungsbau(6), Abbruchverbote für Wohnhäuser(7) usw.

II. Vereinbarkeitsprüfung

Ergeht eine kantonale Massnahme im oben erwähnten Sinne, so ist sie grundsätzlich auf vier Kombinationen hin zu prüfen: auf die Zulässigkeit oder Unzulässigkeit mit der Eigentums-garantie und gleichzeitig auf die Vereinbarkeit oder Unvereinbarkeit mit der Wirtschaftsfreiheit.

Erweist sich eine Eigentumsbeschränkung als unvereinbar mit Art. 22^{ter} BV, so erübrigt sich eine weitere Prüfung auf Zulässigkeit oder Unzulässigkeit mit Art. 31 BV. Dies ergibt

1) BGE 60 I 23f.

2) BGE 100 Ia 144ff; 83 I 145ff.

3) ZBl 62, 1961, S.562; 57, 1956, S.293.

4) Beispiele bei Frey, S.178f; Huber Gewerbefreiheit, S.167ff.

5) BGE 103 Ia 176ff; 102 Ia 104ff; 101 Ia 224ff; 99 Ia 617f; Saladin/Lanz, S.113ff.

6) BGE 100 Ia 336; 99 Ia 604ff; 98 Ia 201.

7) BGE 89 I 462; vgl. auch BGE 103 Ia 417ff.

sich daraus, dass der gesetzgeberische Spielraum, den Art. 31 BV den Kantonen gewährt, viel enger ist als derjenige nach Art. 22^{ter} BV.

Es bleibt somit lediglich zu prüfen, ob eine zulässige kantonale Eigentumsbeschränkung auch mit Art. 31 BV vereinbar ist oder nicht. Auszuklammern sind dabei jene Fälle, bei denen eindeutig wirtschaftspolitische Zielsetzungen im Vordergrund stehen. Solche "Eigentumsbeschränkungen" sind ausschliesslich nach den Massstäben der Wirtschaftsfreiheit zu beurteilen, geht es doch nicht an, dass die Kantone auf dem Wege über die Eigentumsbeschränkung und damit unter Umgehung der Wirtschaftsfreiheit Wirtschaftspolitik betreiben(1), denn eine der wesentlichsten Schutzfunktionen besteht ja darin, dass Art. 31 BV den Kantonen Massnahmen mit wirtschaftspolitischer Zielsetzung untersagt(2).

Alle andern Eigentumsbeschränkungen, die gleichzeitig die Wirtschaftsfreiheit berühren, sind grundsätzlich mit Art. 31 BV vereinbar. Es handelt sich nur noch um die Fälle, die wirtschaftspolitische neben anderen wie raumplanerischen, sozialpolitischen, verkehrspolitischen und umweltschutzpolitischen Zwecken verfolgen oder schwerwiegende wirtschaftliche oder wirtschaftspolitische Nebenwirkungen mit sich bringen.

Sinn und Zweck der Eigentumsbeschränkungen ist es, dem Eigentümerbelieben entweder zum Schutze anderer Grundrechtsträger oder im Interesse des Staates - wobei beide Motive im öffentlichen Interesse liegen - Grenzen zu setzen. Wird eine staatliche Massnahme erlassen, die das Eigentum als Basis

1) Saladin, Grundrechte, S.269, 326; Saladin/Lanz, S.118; BGE 102 Ia 116.

2) BGE 102 Ia 114 mit weiteren Verweisen.

oder Mittel oder Voraussetzung für eine konkrete wirtschaftliche Betätigung beschränkt und erweist sich diese als notwendig, so schliesst diese Beschränkung die wirtschaftliche Entfaltung nicht schlechthin aus, sondern nur in einem ganz bestimmten, beschränkten Umfang. Der Grundsatz der Wirtschaftsfreiheit ist nicht völlig seines Gehaltes entleert. Die Beschränkung ist auch vor Art. 31 BV zulässig(1).

Dies sei an einem Beispiel verdeutlicht: Unbestreitbar beeinflussen zahlreiche raumplanerische Massnahmen die Stellung der Wirtschaftssubjekte im Wettbewerb(2). Wer nun von einer schrankenlosen Wirtschaftsfreiheit ausgeht und infolgedessen jede staatliche Massnahme, die die Stellung der einzelnen Wirtschaftenden beeinflusst, als Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit betrachtet, der wird in diesen raumplanerischen Massnahmen - allenfalls zulässige - Eingriffe in die Wirtschaftsfreiheit sehen. Der Zweck von raumplanerischen Massnahmen besteht jedoch nicht darin, die Wirtschaftsfreiheit zu beschränken, sondern in einer zweckmässigen Nutzung des Bodens und in einer geordneten Besiedelung des Landes(3). Innerhalb dieser Ordnung muss die Wirtschaftsfreiheit ausgeübt werden können. Die Schwerpunkte der Zielrichtung einer solchen Ordnung liegen nicht in einer eigentlichen Wirtschaftsplanung, können jedoch die wirtschaftliche Stellung ohne Zweifel beeinflussen. Doch die Wirtschaftsfreiheit gewährt keine raumplanerischen Sonderrechte. Raumplanerische Massnahmen sind somit grundsätzlich auch mit Art. 31 BV vereinbar. Dies ist die einzig sinnvolle Interpretation. Der Verfassungsgesetz-

1) BGE 102 Ia 116; 99 Ia 618, 621.

2) Frey, S.179ff; Lendi, S.76; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.157ff; Saladin/Lanz, S.119.

3) vgl. statt vieler Lendi, S.19ff.

geber hat die Raumplanung der Wirtschaftsfreiheit als ein ihr gleichgestelltes öffentliches Interesse gegenübergestellt(1). Es wäre absurd, wollte der Verfassungsgesetzgeber auf der einen Seite Bund und Kantone die Aufgabe zuweisen, letztlich zum Wohl der Allgemeinheit Massnahmen zu erlassen, sie aber gleichzeitig auf der anderen Seite durch die Wirtschaftsfreiheit so weit beschränken, dass sie ihre Aufgabe nicht mehr sinnvoll wahrnehmen können(2).

Die hier für raumplanerische Massnahmen gemachten Ueberlegungen müssen in gleicher Weise auch für sozialpolitische und andere notwendige Eigentumsbeschränkungen mit wirtschaftspolitischen Auswirkungen Geltung haben. Es besteht nicht nur die Aufgabe, die wirtschaftliche Freiheit zu schützen, sondern noch andere, ihr gleichgestellte Interessen wahrzunehmen.

Eigentumsbeschränkungen mit wirtschaftspolitischen Nebenzwecken oder Nebenfolgen sind also grundsätzlich mit Art. 31 BV vereinbar. Erweist sich aber in einer konkreten Situation, dass eine Massnahme schwerwiegende wirtschaftliche Nachteile mit sich bringen würde, so bleibt nur die Möglichkeit, im Sinne einer optimalen Konkordanz aller verfassungsrechtlichen Zielsetzungen durch Interessenabwägung abzuklären, ob der Schwerpunkt der Zielrichtung einer Regelung auch das erforderliche Gewicht besitzt, um diese Nachteile zu rechtfertigen(3).

-
- 1) Das gleiche gilt auch für Natur- und Heimatschutz, Umweltschutz, vgl. Fleiner Th., Umweltschutz, S.249ff; Hess, S.96ff; so auch BGE 102 Ia 115; 99 Ia 615ff; a.M. Frey, S.183.
 - 2) Saladin/Lanz, S.119ff; Steinlin, S.261ff.
 - 3) vgl. die Praxis des Bundesgerichts zu den Linkaufszentren, BGE 102 Ia 115ff; ähnlich schon 99 Ia 617ff.

III. Ausgleich des Schadens

Die hier angeführten, verfassungsrechtlich zulässigen Eigentumsbeschränkungen können sich als so intensiv oder wenigstens als "Sonderopfer" erweisen, dass sie als materielle Enteignung zu qualifizieren sind. Der dabei zugefügte Schaden ist auszugleichen, wobei die Entschädigungsforderungen sich ausschliesslich nach der Eigentumsgarantie zu richten haben(1).

§ 13 Eigentumsbeschränkungen, die generell die Verwendung des Eigentums in einem bestimmten Sinne untersagen

I. Arten der Beschränkungen

Unter diesen Titel fallen all jene Eigentumsbeschränkungen, durch die der Ausübung der Eigentumsrechte durch öffentliches oder auch privates Recht Grenzen gesetzt sind. Es handelt sich vor allem um Bauvorschriften, Nutzungsbeschränkungen, Immissionsverbote usw.(2).

II. Vereinbarkeitsprüfung

Solche Beschränkungen sind nur auf die Vereinbarkeit mit der Eigentumsgarantie zu prüfen, obwohl sie auch Eigentümer treffen, die aufgrund ihres Eigentums eine Erwerbstätigkeit ausüben. Diese Betroffenheit ist jedoch ausser acht zu lassen.

1) Einzelheiten vgl. vorne § 5 III 2.2, S.35ff.

2) BGE 99 Ia 48; vgl. auch die Darstellung der bundesgerichtlichen Praxis bei Junod, S.633ff.

Denn solche allgemeinen Schranken berühren den einzelnen in seiner Eigenschaft als Eigentümer. Er hat solche Vorschriften zu beachten wie jeder andere Eigentümer auch. Die Wirtschaftsfreiheit kann ihn in dieser Hinsicht nicht privilegieren(1), womit keineswegs gesagt sein will, dass den Bedürfnissen gewerbetreibender Eigentümer nicht Rechnung zu tragen ist. Doch ist dies eine Frage der Verhältnismässigkeit der entsprechenden Vorschrift und ändert nichts daran, dass solche Massnahmen ausschliesslich an der Eigentumsgarantie zu messen sind(2).

III. Ausgleich des Schadens

Auch hier können die Eigentumsbeschränkungen einer materiellen Enteignung gleichkommen. Allfällige Entschädigungsforderungen bleiben also vorbehalten. Sie hätten sich ausschliesslich nach der Eigentumsgarantie zu richten.

§ 14 Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit, die zugleich die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit des Eigentümers berühren

Eine Norm oder eine Massnahme im Bereich der Wirtschaft trifft in den meisten Fällen, neben der Erwerbstätigkeit selbst, zugleich auch das Eigentum, weil die Güter sowohl Mittel als auch Ziele der Erwerbstätigkeit darstellen(3).

1) vgl. statt vieler BGE 99 Ia 48; Frey, S.179; Huber, Gewährleistung, S.68; Saladin, Grundrechte, S.267.

2) so auch Gygi, Grundrechtskonkurrenz, S.69.

3) Huber, Gewährleistung, S.67ff; ders., Gewerbefreiheit, S.167ff; Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.65f.

I. Arten der Beschränkungen

In Betracht kommen sowohl polizeiliche als auch sozialpolitische als auch wirtschaftspolitische Massnahmen, wozu auch die sog. Ausnahmen von der Wirtschaftsfreiheit zu zählen sind. Letztere werden jedoch erst im folgenden Paragraphen behandelt.

Die Beispiele in der bundesgerichtlichen Praxis sind sehr zahlreich, weil eben die Güter sowohl Mittel als auch Ziele der Erwerbstätigkeit sind. Erwähnt seien etwa Werbe- und Reklamebeschränkungen(1), die Verweigerung der Bewilligung zur Kiesausbeutung(2), bauliche Erfordernisse an Gaststätten und andere mehr(3), dann aber vor allem Preisvorschriften(4), Kontingentierungen und andere Beschränkungen im Zuge wirtschaftslenkender Massnahmen(5).

II. Vereinbarkeitsprüfung

Da es sich bei diesen Beschränkungen primär um solche der Wirtschaftsfreiheit handelt, ist vorerst zu prüfen, ob sie mit Art. 31 BV vereinbar sind. Sind sie es nicht, so ist die Massnahme gemäss Art. 31 BV als verfassungswidrig aufzuheben, und eine Ueberprüfung der Eigentumsgarantie wird überflüssig, obwohl die Massnahme theoretisch vor Art. 22^{ter} BV zulässig sein könnte, ist doch der gesetzgeberische Spielraum, wie bereits vorne festgestellt(6), grösser als bei Art. 31 BV.

1) vgl. BGE 99 Ia 48; 98 Ib 342; 87 I 349, 268.

2) ZBl 70, 1969, S.9.

3) Huber, Gewerbefreiheit, S.168, 176ff.

4) BGE 100 Ia 336; 99 Ia 39f, 614 in bezug auf Mietpreise.

5) Huber, Gewährleistung, S.67f; ders., Gewerbefreiheit, S.176ff.

6) vgl. vorne § 10 I 3, S.65f.

Eine unzulässige Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit kann jedoch durch die Eigentumsgarantie nicht "geheilt" werden.

Ist es z.B. unzulässig, Eigenreklame, d.h. "das Produkt bekannt geben, das (unmittelbar) dort zum Verkauf angeboten wird"(1), aus Gründen der Verkehrssicherheit zu verbieten, so kann das Verbot nicht unter Berufung auf die Eigentumsgarantie aufrechterhalten werden etwa mit der Begründung, aus verkehrspolizeilichen oder andern Gründen müsse die Nutzungsfreiheit und damit die Eigenreklame beschränkt werden. Positiv formuliert heisst das: Ist die Eigenreklame nach Prüfung der Verkehrssicherheit als mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar befunden worden, kann sie nicht aus denselben Gründen mit der Eigentumsgarantie nicht vereinbar sein. Denn hält eine Massnahme der "strengerer" Prüfung stand - der gesetzgeberische Spielraum bei der Wirtschaftsfreiheit ist ja enger als bei der Eigentumsgarantie, was nichts anderes bedeutet, als dass viel gewichtigere Interessen vorhanden sein müssen, um die Wirtschaftsfreiheit einzuschränken - so kann sie nicht vor der "milderer" Prüfung als unzulässig betrachtet werden. Wäre dem nicht so, würden die Grundrechtsgarantien ihren Sinn und Zweck verlieren, d.h. sie würden sich gegenseitig aufheben.

Daraus folgt:

1. Ist eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit, die auch die Eigentumsgarantie berührt, unzulässig, so kann sie nicht unter Berufung auf die Eigentumsgarantie aufrechterhalten werden. Sie ist als verfassungswidrig aufzuheben.

1) BGE 98 Ib 342.

2. Ist eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit, die auch die Eigentumsgarantie berührt, zulässig, so ist durch sie auch die Eigentumsgarantie beschränkt(1).

III. Ausgleich des Schadens

Auszugehen ist von der Erkenntnis, dass zulässige Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit auch die Eigentumsgarantie beschränken, d.h. dass der Betroffene eine staatliche Regelung sowohl unter dem Aspekt der Wirtschaftsfreiheit als auch unter demjenigen der Eigentumsgarantie hinzunehmen hat. Es ist nun denkbar, dass die Auswirkungen der Massnahme bei der Eigentumsgarantie all jene Erfordernisse erfüllen können, die die Annahme einer materiellen Enteignung rechtfertigen(2).

Es stellt sich nun die Frage, ob dem betreffenden Gewerbetreibenden, der zugleich Eigentümer ist, der zugefügte Schaden auszugleichen ist, oder ob er die Beschränkung ohne jegliche Entschädigung hinzunehmen hat, wie wenn er nur Gewerbetreibender allein wäre.

Hier kommt nun der ergänzenden Funktion der Eigentumsgarantie entscheidende Bedeutung zu. Es ist nicht einzusehen, warum in einem Falle, bei welchem die Auswirkungen auf das Eigentum beträchtlicher sein können als auf die Wirtschaftsfreiheit, ein allfälliger Schaden nicht auszugleichen wäre.

1) so auch Frey, S.179; Saladin, Grundrechte, S.326.

2) zu diesen Erfordernissen vgl. vorne § 5 III 2.2, S.35ff.

Ergänzen sich die beiden Grundrechte, so setzt der Schutzbereich des einen Grundrechts dort ein, wo derjenige des andern Grundrechts nicht mehr hinreicht, im konkreten Fall also, dass die Eigentumsgarantie hinsichtlich des Ausgleichs des Schadens bei materieller Enteignung zum Tragen kommt, da die Wirtschaftsfreiheit, für sich allein genommen, keinen solchen Ausgleich vorsieht. Dieses Ergebnis bringt keine Rechtsungleichheiten bezüglich Beeinträchtigungen, die nur die Wirtschaftsfreiheit betreffen. Ein Gewerbetreibender, der nicht zugleich in seinen Eigentümerbefugnissen eingeschränkt wird, ist eben nicht in der gleichen Rechtsstellung wie derjenige, der neben der wirtschaftlichen Betätigung auch in seinen Eigentümerbefugnissen beeinträchtigt ist. Wie vorne bemerkt⁽¹⁾, steht bei der Wirtschaftsfreiheit der Einsatz der persönlichen Berufsbetätigung, bei der Eigentumsgarantie der Sachbesitz und die aus ihm sich ergebende Dispositionsbefugnis im Mittelpunkt. So ist es nur recht und billig, dass einer, der in beiden Grundrechtsbereichen betroffen ist, sich auch auf beide berufen kann, und zur Eigentumsgarantie gehört auch der Ausgleich des Schadens bei Beeinträchtigungen, die sich als materielle Enteignung charakterisieren.

Berührt also eine verfassungsmässig zulässige Beschränkung neben der Wirtschaftsfreiheit auch die Eigentumsgarantie in einem Masse, dass von einer materiellen Enteignung gesprochen werden muss, so ist der rechtmässig zugefügte Schaden gemäss Art. 22^{ter} Abs.3 BV auszugleichen.

1) vgl. vorne § 6, S.38f.

§ 15 Die sog. Ausnahmen von der Wirtschaftsfreiheit

Im folgenden ist zu klären, wie sich die sog. Ausnahmen von der Wirtschaftsfreiheit(1) zur Eigentumsgarantie verhalten. In Betracht zu ziehen sind dabei vor allem Ausnahmen im Allgemeininteresse(2), Ausnahmen zum Schutze einzelner Wirtschaftszweige und Landesgegenden(3) und die Monopole(4). Dass solche Massnahmen auch die Eigentumsgarantie berühren können, ist offensichtlich und deshalb nicht näher nachzuweisen(5).

I. Ausnahmen im Allgemeininteresse

Zu solchen Massnahmen ist generell zu bemerken, dass sie die Eigentümerbefugnisse nicht verletzen können. Erstens besteht für den Erlass solcher Massnahmen zweifellos ein hinreichend gewichtiges öffentliches Interesse. Zweitens sind es ausdrücklich festgehaltene, verfassungsrechtliche Kompetenzen und Aufgaben für Bund oder Kantone.

Es wäre auch hier sinnlos, wollte man auf der einen Seite Aufgaben zuweisen, deren Verwirklichung auf der anderen Seite wieder verunmöglicht würde. Die Aufgabe des Gemeinwesens besteht ja nicht nur darin, die Grundrechte zu schützen, sondern generell eine Ordnung zu schaffen, die allen in diesem Gemeinwesen lebenden Menschen, nicht nur Gewerbetreibenden und Eigentümern, ermöglicht, in einer weitestgehend sozial

1) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.138ff.

2) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.147ff.

3) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.158ff.

4) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.167ff.

5) vgl. dazu Huber, Gewerbefreiheit, S.176ff; Meier-Hayoz, N 210 c.

gesicherten Umwelt ein Leben in möglichst grosser Eigenverantwortlichkeit zu führen. Dies alles entbindet nicht davon, auch die Interessen der Grundrechtsträger, d.h. der Gewerbetreibenden und der Eigentümer, gebührend zu berücksichtigen.

II. Ausnahmen zum Schutze einzelner Wirtschaftszweige und Landesgegenden

Gemeint sind damit Massnahmen i.S. von Art. 31^{bis} lit. a - c BV, die den Bund ermächtigen, nötigenfalls von der Wirtschaftsfreiheit abzuweichen. Solche Massnahmen können auch die Eigentumsgarantie in schwerwiegender Weise beeinträchtigen.

Erwähnt seien als Beispiel die Veräusserungsbeschränkungen Landwirtschaftlicher Grundstücke(1), die sich letztlich auf Art. 31^{bis} Abs.3 lit. b stützen. Sie schränken die Eigentumsgarantie in schwerwiegender Weise ein(2). Erlassen wurden sie zum Schutze vor einer Zweckentfremdung, d.h. der Gesetzgeber hat die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes als Träger eines gesunden, leistungsfähigen Bauernstandes höher gewertet als die gänzliche Verfügungsfreiheit über das Eigentum(3).

Zu all diesen Massnahmen ist wiederum zu sagen, dass es sinnlos wäre, auf der einen Seite ausdrückliche Befugnisse zu Einschränkungen, ja sogar zu Abweichungen von der Wirtschaftsfreiheit zu gewähren, die dann auf der anderen Seite als unvereinbar mit der Eigentumsgarantie angesehen werden

1) gemäss dem BG über die Erhaltung des bäuerlichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951, SR 211.412.11.

2) BGE 89 I 62.

3) Frey, S.186f.

könnten und damit illusorisch würden(1).

III. Monopole

Kraft eines rechtlichen Monopols zieht das Gemeinwesen ein Tätigkeitsfeld an sich, das sonst der privaten Erwerbstätigkeit offenstehen würde, und es schliesst dadurch auch die Verwendung des Eigentums in diesem Bereich aus. Eine solche Tätigkeit fällt dann unter die "Erfüllung öffentlicher Aufgaben" und ist nicht mehr private Erwerbstätigkeit(2). Ueberträgt das Gemeinwesen die Ausübung durch Konzession an Private, so erhalten sie ein neues Recht, das nicht durch die Wirtschaftsfreiheit geschützt ist, wohl aber durch die Eigentumsgarantie, sofern es sich um Sondernutzungs- und Monopolkonzessionen handelt, die vermögenswerten Charakter aufweisen(3). Dieser Problemkreis berührt somit das Verhältnis Wirtschaftsfreiheit - Eigentumsgarantie nicht.

Das Problem stellt sich früher, d.h. bei der Einführung eines Monopols, insbes. eines neuen, durch Kantone oder Gemeinden(4). Dabei sind für alle Monopolarten(5) die gleichen Ueberlegungen massgebend.

Die Einführung eines Monopols bewirkt, dass ein bisher der privaten Erwerbstätigkeit offenstehender Wirtschaftszweig privaten Wirtschaftssubjekten entzogen und dadurch auch die

1) vgl. auch vorne § 15 I, S.84f; im übrigen sind solche Massnahmen der bundesgerichtlichen Prüfung entzogen, da sie durch die Bundesgesetzgebung angeordnet werden.

2) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.167ff.

3) Huber, Gewährleistung, S.62ff; Meier-Hayoz, N 215f.

4) von den eidg. Monopolen kann hier abgesehen werden, da sie in der BV abschliessend aufgezählt sind und ebenfalls einer bundesgerichtlichen Ueberprüfung entzogen bleiben, womit nichts über die verfassungsrechtliche Zulässigkeit gesagt ist.

5) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.167ff.

Eigentumsgarantie berührt wird. Die Monopolisierung bedeutet einen besonders schweren Eingriff für denjenigen, der bisher in diesem Erwerbszweig tätig war. Abgesehen von der umstrittenen Frage, ob die Einführung neuer Monopole überhaupt zulässig sei oder nicht(1), sollten solche nur aus polizeilichen und sozialpolitischen Motiven eingeführt werden(2). Lassen sie sich aus solchen Gründen nicht rechtfertigen, sind sie unter dem Gesichtspunkt von Art. 31 BV aufzuheben und nicht etwa durch Entschädigung abzugelten(3). Sind sie als zulässig zu betrachten, und wird ein Gewerbetreibender auch in seiner Eigentümerstellung betroffen, was durchwegs der Fall sein dürfte, so sind die gleichen Ueberlegungen anzustellen, die vorne in § 14 für Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit gemacht wurden, die zugleich die Verfügungs- und Nutzungsfreiheit berühren. Das gilt insbes.auch für die Frage einer allfälligen Entschädigung(4).

Im einzelnen heisst das:

- Ist eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit (hier Entzug einer privaten Erwerbstätigkeit), die auch die Eigentumsgarantie berührt, zulässig, so ist auch die Eigentumsfreiheit beschränkt.
- Erweist sich diese Beschränkung in ihren Auswirkungen als materielle Enteignung, so ist der Schaden gemäss Art. 22^{ter} Abs.3 BV auszugleichen.

1) vgl. dazu die Literaturhinweise bei Saladin, Grundrechte, S.256 Anm.138.

2) zu den Voraussetzungen vgl. Saladin, Grundrechte, S.257f.

3) Saladin, Grundrechte, S.327.

4) vgl. § 14 II und III, S.80ff.

§ 16 Kollision der beiden Grundrechte

Die bisherigen Ausführungen bezogen sich immer auf Fälle, in denen der Betroffene sowohl in seiner Stellung als Wirtschaftssubjekt als auch als Eigentümer angesprochen war.

Grundrechtskollision meint nun den Fall, dass zwei oder mehrere Grundrechte einander in der Person mehrerer Grundrechtsträger widerstreiten(1). Im Rahmen dieser Arbeit bedeutet dies, dass durch eine staatliche Vorkehrung ein Grundrechtsträger in seiner wirtschaftlichen Freiheit, ein anderer aufgrund derselben Massnahme in der Eigentumsfreiheit betroffen ist. Beispiel: Werden durch eine Regelung für das Erdgeschoss Läden vorgeschrieben, so wird der Eigentümer in der Nutzungsfreiheit (Eigentumsgarantie) beschränkt, alle Gewerbetreibenden, die nicht Eigentümer sind, in ihrer wirtschaftlichen Ausübungsfreiheit (Wirtschaftsfreiheit).

Für die Lösung solcher Fälle ist grundsätzlich an die bisherigen Ausführungen anzuknüpfen. Auszugehen ist wiederum von der Gleichrangigkeit der beiden Grundrechte. Das hat zur Folge, dass eine Massnahme in den hier erwähnten Fällen unter dem Gesichtspunkt beider Grundrechte zu untersuchen ist. Hinzu kommt noch der Aspekt, dass die Freiheitsbetätigung des einen ihre Grenzen an den Rechten des andern findet(2).

Es gilt zunächst, in einer genauen Analyse des Sachverhalts zu ermitteln, in welcher Weise und mit welcher Intensität die Grundrechte betroffen sind(3). Die Entscheidung ist wiederum

1) Berg, S.6 Anm. 19; Lepa, S.161, 165ff; Rübner, Grundrechtskonflikte, S.454ff.

2) Scholz, S.116.

3) Lepa, S.167; Rübner, Grundrechtskonflikte, S.466.

am Prinzip der Einheit der Verfassung auszurichten(1). Es ist also zu versuchen, die beiden Grundrechte zu optimieren, wobei darauf zu achten ist, dass mindestens Wesensgehalt und Funktion jedes Grundrechts gewahrt bleiben(2).

Dies sei am oben erwähnten Beispiel verdeutlicht: Besagt also eine Nutzungsvorschrift, dass im Erdgeschoss nur Verkaufsläden zugelassen sind, so wird der Eigentümer in der Nutzungsfreiheit, alle Gewerbetreibenden ausser den Ladenbesitzern aber in der wirtschaftlichen Ausübungsfreiheit beschränkt. Beide sind jedoch nicht in gleicher Weise und in gleicher Intensität betroffen. Während der Eigentümer allenfalls nur eine von vielen Nutzungsmöglichkeiten verliert, kann der Gewerbetreibende, der keinen Laden führt, sondern irgend ein Handwerk betreibt, in schwerwiegender Weise eingeschränkt werden, wird ihm doch die Ausübung seines Berufes am betreffenden Ort völlig verunmöglicht. Würde nun argumentiert, Nutzungsvorschriften seien Eigentumsbeschränkungen, durch die nur die Eigentumsgarantie berührt sei, so könnte der Gewerbetreibende, der nicht zugleich Ladenbesitzer ist, sich gegen diese Vorschrift nicht zur Wehr setzen. Werden jedoch beide Grundrechte untersucht, so zeigt sich, dass im konkreten Beispiel die Eigentumsgarantie im Vergleich zur Wirtschaftsfreiheit nur unwesentlich betroffen ist. Die Eigentumsgarantie hätte in concreto, d.h. nach dem Vergleich der Auswirkungen der betreffenden Massnahme auf beide Grundrechte, zurückzutreten. Die fragliche Nutzungsvorschrift wäre an Sinn und Funktion der Wirtschaftsfreiheit zu messen, mit der sie aber kaum vereinbar wäre.

Allgemein lässt sich sagen, dass durch einen Vergleich aller

1) vgl. vorne § 11, S.70ff.

2) Rüfner, Grundrechtskonflikte, S.467; Scholz, S.116.

im konkreten Fall in Frage kommenden Gegebenheiten festzustellen ist, ob etwa ein Grundrecht stärker betroffen ist als das andere(1), und inwiefern der Verzicht auf gewisse Modalitäten der Grundrechtsausübung einem nur am Rande Betroffenen zugemutet werden kann(2). Dies ist kein Widerspruch zur Feststellung, dass Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie gleichrangig nebeneinander stehen und keine abstrakte Rangordnung unter ihnen besteht. Nur im Einzelfall, unter Abwägung aller betroffenen Interessen und nach Vergleich der Auswirkungen auf die von der Massnahme Betroffenen, kann das eine Grundrecht dem andern vorgehen.

§ 17 Beeinträchtigung der beiden Grundrechte durch Verfügungen über öffentlichen Grund und Boden

Im wesentlichen geht es in der Folge um die Benützung öffentlichen Bodens zu gewerblichen Zwecken. Die Praxis sprach seit Jahrzehnten den Privaten, selbst den Anstössern, ein subjektives Recht auf Strassenbenutzung ab, das sie einer Einschränkung des Gemeingebrauchs entgegenhalten könnten. Das gleiche galt auch im Rahmen des gesteigerten Gemeingebrauchs(3). Bestimmungen über Handel und Gewerbe auf öffentlichem Grund wurden nur unter dem beschränkten Gesichtspunkt der Willkür (Art. 4 BV) geprüft. Diese Rechtsprechung wurde besonders von Marti(4) und Saladin(5) kritisiert. Im BGE 101 Ia 481 wird

1) Lepa, S.167.

2) Rübner, Grundrechtskonflikte, S.467f.

3) vgl. BGE 99 Ia 398; 97 I 655; 92 I 503ff; 83 I 149; ZBl 65, 1964, S.273ff.

4) Marti, Wirtschaftsfreiheit, S.115ff.

5) Saladin, Grundrechte, S.250ff.

nun diese Praxis verlassen und die Ausübung einer Erwerbstätigkeit auf öffentlichen Strassen und Plätzen der Wirtschaftsfreiheit zugerechnet(1), wobei die Unterscheidung zwischen Gemeingebrauch und gesteigertem Gemeingebrauch an Bedeutung verliert. Abgestellt wird jetzt auf die Behinderung der Zweckbestimmung, d.h. ein Gewerbetreibender kann die Wirtschaftsfreiheit in dem Masse anrufen, als es die Zweckbestimmung des öffentlichen Eigentums erlaubt.

Welche Auswirkungen hat nun diese Praxisänderung auf den in dieser Arbeit behandelten Themenkreis?

Vorweg ist zu bemerken, dass sich diese Änderung nur dort auswirkt, wo der gewerbetreibende Anstösser zugleich Eigentümer des anstossenden Grundstückes ist, nicht aber in jenen Fällen, in denen gewerbetreibender Anstösser und Eigentümer des anstossenden Grundstückes nicht identisch sind.

Ist ein gewerbetreibender Anstösser auf die Nutzung einer öffentlichen Strasse in besonderem Masse angewiesen und wird nun diese Nutzung zulässigerweise eingeschränkt(2), -wobei konsequenterweise die gleichen Gesichtspunkte massgebend sein müssen, wie wenn privat und ohne Inanspruchnahme öffentlichen Eigentums die wirtschaftliche Tätigkeit ausgeübt wird, da ja die Beanspruchung öffentlichen Eigentums für diese Fälle der Wirtschaftsfreiheit zugerechnet wird(3) -, erleidet der Betreffende eine Beeinträchtigung in seinem Gewerbe, daneben aber, wenn er zugleich Eigentümer des anliegenden Grundstückes ist, auch in seiner Eigentumsgarantie. In diesem Falle recht-

1) Gygi, Grundrechtskonkurrenz, S.72.

2) z.B. durch Aufhebung oder Verlegung der Strasse, vgl. Saladin, Grundrechte, S.267.

3) Gygi, Grundrechtskonkurrenz, S.74.

fertigt es sich, genau gleich zu verfahren wie bei jenen Fällen, bei denen die Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit zugleich die Verfügungs- und Nutzungsbefugnisse beeinträchtigten(1). Beeinträchtigt also die verfassungsmässig zulässige Beschränkung neben der Wirtschaftsfreiheit die Eigentumsgarantie in einem Masse, dass eine materielle Enteignung anzunehmen ist, so ist der entstandene Schaden auszugleichen.

Ist jedoch der Gewerbetreibende nicht Eigentümer des anliegenden Grundstückes, könnte er sich wohl auf die Wirtschaftsfreiheit berufen, was ihn aber, falls die Beschränkung des öffentlichen Eigentums zulässig ist, gegenüber dem gewerbetreibenden Eigentümer sehr stark benachteiligen würde. Denn in seiner wirtschaftlichen Betätigung wäre er in genau gleichem Ausmasse beeinträchtigt, könnte aber keinen Ausgleich des allfälligen Schadens geltend machen. Eine befriedigende Lösung brächte hier nur eine Aenderung der Rechtsprechung in dem Sinne, dass der sog. "ingerichtete und ausgeübte Gewerbebetrieb" in den Kreis der durch die Eigentumsgarantie geschützten Rechtspositionen eingeschlossen würde(2). Dann könnte auch in solchen Fällen nach den Grundsätzen der materiellen Enteignung Entschädigung zugesprochen werden.

1) vgl. vorne § 14 II und III, S.80ff.

2) wie es in der Bundesrepublik Deutschland der Fall ist, vgl. statt vieler Rittstieg, S.354ff und dort zitierte Autoren; vgl. auch Saladin, Grundrechte, S.327.

Zusammenfassung

Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie sind zwei verschiedene Grundrechte mit je verschiedenen Wirkungsbereichen.

Im Wirtschaftsleben sind sie voneinander abhängig. Das eine ist ohne das andere sinnlos. Sie ergänzen sich und bedingen einander.

Die beiden Grundrechte liegen als gleichwertig und gleichrangig nebeneinander und gehören zusammen.

Ihre Wirkungsbereiche können sich überschneiden, da der gesetzgeberische Spielraum bei der Wirtschaftsfreiheit enger ist als bei der Eigentumsgarantie. Lenkende und gestaltende Massnahmen, die bei der Eigentumsgarantie einen wesentlichen Teil der Einschränkungen ausmachen, sind bei der Wirtschaftsfreiheit nur in beschränktem Masse zulässig. Besonders wirtschaftspolitische Vorkehrungen sind verpönt.

Während der durch einen verfassungsmässig statthaften Eingriff zugefügte Schaden bei der Eigentumsgarantie, falls er einer materiellen Enteignung gleichkommt, auszugleichen ist, ist eine Beschränkung der Wirtschaftsfreiheit dagegen ohne Ausgleich hinzunehmen.

Eigentumsbeschränkungen mit primär wirtschaftspolitischer Zielsetzung sind nach Massgabe von Art. 31 BV unzulässig.

Zulässige Eigentumsbeschränkungen mit wirtschaftspolitischen Nebenzwecken oder Nebenfolgen sind auch zulässige Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit.

Zulässige generelle Schranken der Eigentumsgarantie sind auch solche der Wirtschaftsfreiheit.

Zulässige Beschränkungen der Wirtschaftsfreiheit sind auch mit der Eigentumsgarantie vereinbar. Erweisen sie sich als materielle Enteignung, ist der entstandene Schaden auszugleichen.

Ausnahmen von der Wirtschaftsfreiheit verletzen die Eigentumsgarantie nicht.

Bei der Einführung neuer Monopole wird in der Regel auch die Eigentumsgarantie berührt. Ist das neue Monopol mit der Wirtschaftsfreiheit vereinbar, kommen ihre Auswirkungen aber einer materiellen Enteignung gleich, so ist der entstandene Schaden auszugleichen.

Bei Kollisionsfällen ist eine Massnahme immer unter den Gesichtspunkten beider Grundrechtsgarantien zu untersuchen. Nach Abwägung aller betroffenen Interessen und nach Vergleich der Wirkungen auf die Betroffenen kann das eine Grundrecht dem andern vorgehen.

Durch Verfügungen über öffentliche Strassen können Wirtschaftsfreiheit und Eigentumsgarantie betroffen werden. Gewerbetreibende Anstösser, die zugleich Eigentümer des anliegenden Grundstückes sind, haben Anspruch auf Entschädigung, sofern die Folgen einer solchen Massnahme einer materiellen Enteignung gleichkommen.

Für den gewerbetreibenden Nichteigentümer des anliegenden Grundstückes bringt nur der verfassungsrechtliche Schutz des "eingerichteten Gewerbebetriebs" eine befriedigende Lösung.

Lebenslauf

Geboren wurde ich am 7. November 1950 in Mels/SG. Dort besuchte ich während sechs Jahren die Primar- und während zwei Jahren die Sekundarschule. Anschliessend wechselte ich ins Kollegium St. Antonius, Appenzell, wo ich im Sommer 1971 die Prüfungen zur Matura Typus A ablegte.

Im Wintersemester 1971/72 begann ich an der Universität Zürich das Studium der Rechtswissenschaften, das ich im Mai 1976 mit dem Lizentiat abschloss. Seit Juli 1976 bin ich als Assistent am Rechtswissenschaftlichen Seminar der Universität Zürich tätig. Zusätzlich war ich im Sommersemester 1978 Lehrbeauftragter für Uebungen im Schweizerischen Privatrecht. Neben diesen Tätigkeiten verfasste ich auch noch die hier vorliegende Dissertation, die ich im Januar 1979 abschloss. Am 9. Mai 1979 wurde ich zum Dr. iur. promoviert.

difo
druck

laubanger 15
8600 bamberg
tel.: 09 51/6 43 21